

Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozeßrecht und nach Gemeinschaftsrecht

A. Einleitung und Problemstellung

I. Einleitung

Die Europäische Gemeinschaft, die sich nunmehr zu einer Europäischen Union fortentwickelt hat, ist eine Rechtsgemeinschaft¹. In diesem Zusammenhang ist der EuGH ein unparteiisches Kontrollorgan, dem ein ganzes Bündel an Aufgaben obliegt². Da die Jurisdiktion ein ganz wesentlicher Bereich staatlicher Hoheitsbefugnisse ist, entsteht mit dem Dualismus von EuGH und den unterschiedlichen nationalen Gerichten ein interessantes, aber gleichzeitig auch weitreichendes Spannungsverhältnis. Zu den daraus entstehenden Fragen und Problemen ist bereits vielfältig Stellung bezogen worden³. Ganz besonders gilt dies für den wichtigsten Aufgabenbereich, der dem EuGH durch den EG-Vertrag (EGV) zugewiesen ist, nämlich dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV⁴. Gleichwohl können einige Fragen weiterhin als ungelöst gelten; manche Aspekte sind sogar noch nicht einmal in ihrer ganzen Breite ausgeleuchtet geworden. Trotz wesentlicher Vorarbeiten, die sich in neuester Zeit speziell mit den Auswirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens befaßt haben⁵, scheint diese Feststellung für das Verhältnis der Urteile des EuGH im Rahmen des Art. 177 EGV zur deutschen Zivilprozeßrechtspraxis zuzutreffen. Bedeutsam wird

¹ Der Begriff der Rechtsgemeinschaft ist von *Hallstein* geprägt worden: *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl., 1979, 51 ff. Dieser Begriff findet sich vereinzelt auch in der Rechtsprechung des EuGH wieder, so etwa in EuGHE 1986, 1339, 1365 ("*Les Verts*"). In der Literatur ist er ebenfalls akzeptiert: s. nur *Zuleeg*, in: FS Diez de Velasco, 1993, 1317 ff.; *ders.*, NJW 1994, 545 ff.

² S. dazu *Dauses*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 2. Aufl., 1995, 2 f.; *Borchardt/Dauses/Stotz*, in: *Dauses* (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 4. Lieferung 1996, P I., Rn. 1 ff.; *Dauses (-Dauses)*, a.a.O., P. II., Rn. 1 ff.; *Rengeling/Gellermann/Middecke*, Rechtsschutz in der Europäischen Union, 1994, Rn. 11; *Gündisch*, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, 52 ff.; *Koenig/Sander*, Einführung in das EG-Prozeßrecht, 1997, Rn. 1 ff.

³ Vgl. u.a. *Brown/Jacobs*, The Court of Justice of the European Communities, 2. Aufl., 1983, Chapter 14; Centre International d'Études et de Recherches Européennes, Les effets des décisions de la Cour de Justice des Communautés Européenne dans les États membres, 1980 (dort insbes. mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland: *Nicolaysen*, 67 ff.); *Plouvier*, Les décisions de la Cour de la Justice des Communautés européennes et leurs effets juridique, 1975; *Tomuschat*, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach dem Vertrag über die Europäischen Gemeinschaften, 1964; *Gutsche*, Die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofes, 1967; *Lieber*, Über die Vorlagepflicht des Artikel 177 EWG-Vertrag und deren Mißachtung, 1986; *Tsikrikas*, Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofes, im Vertragsverletzungsverfahren (Art. 169 ff. EWGV), 1990; *Dauses*, Empfiehlt es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte weiterzuentwickeln?, Gutachten zum 60. Deutschen Juristentag, 1994 (Kurzfassung und Thesen, in: NJW 1994, Beilage zu Heft 25, 1).

⁴ Aus der neueren Zeit s. dazu etwa die beiden wichtigen Schriften in deutscher Sprache von *Everling*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986 und *Dauses*, a.a.O. (Fn. 2), mit sehr umfangreicher Bibliographie: 183 ff.

⁵ *Ress*, in: FS Jahr, 1993, 339 ff.; *Dauses*, in: FS Everling, I, 1995, 223; *Dänzer-Vanotti*, in: FS Everling, I, 1995, 205 ff.; *Heß*, ZZP (1995), 59 ff.; *Basedow*, in: FS Brandner, 1996, 651 ff.; *M. Wolf*, in: FS Lüke, 1997, 979 ff.; *K. Schmidt*, in: FS Lüke, 1997, 721 ff.

dort nämlich unter anderem die Frage der Bindungswirkung der Entscheidungen des EuGH, die im Rahmen der Urteile nach Art. 177 EGV ergehen. Meist wird diese Wirkung als selbstverständlich angesehen oder oft nur am Rande problematisiert. Bei näherem Hinsehen ist die Bindung deutscher Richter an Entscheidungen des EuGH jedoch wesentlich schwieriger zu beurteilen als es zunächst den Anschein hat. Die Schwierigkeiten ergeben sich zu einem relevanten Teil daraus, daß die Frage der Bindungswirkung des Zivilrichters von Urteilen des EuGH in der Schnittmenge von Gemeinschaftsrecht, von Zivilprozeßrecht und deutschem Verfassungsrecht beruht. Vor dem Hintergrund, daß Urteile des EuGH weder deutsche Urteile noch ausländische Urteile sind, die in Deutschland nur nach § 328 ZPO Anwendung finden könnten, wird in der folgenden Untersuchung im Spannungsverhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem, deutschen Zivilprozeßrecht der Frage nachgegangen, ob und wenn ja inwieweit ein deutscher Zivilrichter an die Entscheidungen des EuGH nach Art. 177 EGV gebunden ist.

Dabei sind aus Platzgründen Beschränkungen vorzunehmen. Mittelpunkt der Untersuchung ist die klassische Zivilgerichtsbarkeit, so daß sich die Frage der Bindungswirkung auf den Anwendungsbereich der ZPO beschränkt. Zudem kann auch nur das Verfahren nach Art. 177 EGV betrachtet werden. Trotz der verfassungsrechtlichen Bedeutung dieser Problematik wird diese Arbeit ihren Schwerpunkt nicht in diesem Bereich haben; auf die bedeutsamen Aspekte dieses Rechtsgebietes wird vielmehr an den entsprechenden Stellen hingewiesen werden. Eine Klärung der spezifisch verfassungsrechtlichen Probleme mag dann von den Fachleuten des Verfassungsrechts vorgenommen werden. Aufgrund der besonderen Komplexität der Problematik wird auch die Frage nach der zeitlichen Wirkung von Vorabentscheidungen im Rahmen dieser Arbeit keine Erörterung finden können⁶.

Die Untersuchung ist in vier Abschnitte gegliedert. Zunächst soll die Problemlage dargestellt werden (sofort unter II.). Daran schließt sich die Beantwortung der Frage an, ob sich für den deutschen Zivilrichter bereits aus dem nationalen Zivilprozeßrecht eine Bindungswirkung an Urteile des EuGH nach Art. 177 EGV ergibt (B.). Im dritten Schritt wird diese Frage auf das Gemeinschaftsrecht erweitert (C.). Abschließend wird vor dem Hintergrund der ermittelten Befunde ein neuer Lösungsvorschlag unterbreitet (D.).

II. Problemstellung

⁶ S. aber *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), 149; *Dausen (-Dausen)*, a.a.O. (Fn. 2), P II., Rn. 127 ff.; *Dausen*, in: FS Everling, 1995, I, 223, 239 f. *Everling*, a.a.O. (Fn. 4), 67 ff.; *ders.*, in: FS Börner, 1992, 57 ff.; *Heß*, ZZP 108 (1995), 59, 70 ff.; *Wohlfahrt*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsig., Stand Oktober 1995, Art. 177, Rn. 76 ff.; *Krück*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., 1991, Art. 177, Rn. 92 ff.; EuGHE 1990, I - 1889, 1956 (*Barber*); EuGHE 1980, 2883, 2913 (*Mais*); EuGHE 1980, 1237, 1260 (*Salumi*); EuGHE 1976, 455, 480 (*Defrenne II*).

1. Art. 177 EGV als Ausgangspunkt der Untersuchungen zur Bindungswirkung

a) Ausgangsüberlegung

Die Rechtsangleichung ist das zentrale Instrument zum Abbau von innergemeinschaftlichen normativen Schranken. Über diese Notwendigkeit, um das Ziel eines Binnenmarktes zu erreichen, auf dem die vier Marktfreiheiten verwirklicht sind und ein System unverfälschten Wettbewerbs herrscht, besteht prinzipiell Einigkeit. Der Weg dahin ist jedoch problematisch. Die unmittelbare Angleichung von nationalem Recht in nennenswertem Umfang gestaltet sich im Hinblick auf den zunehmenden "Euro-Skeptizismus" und der auffallenden Betonung nationaler Positionen in der Europa-Politik der einzelnen Mitgliedstaaten als mehr und mehr schwierig. Daher ist die Angleichung in "kleinen Schritten" gefragt. Diese erfolgt regelmäßig dadurch, daß das Gemeinschaftsrecht von den Instrumenten des jeweiligen nationalen Rechts ummantelt wird und so gleichsam in Gestalt eines Trojanischen Pferdes (vereinheitlichenden) Einfluß auf das nationale Recht nimmt. Praktisch geht es dabei um die Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die jeweiligen nationalen Richter. Die Vereinheitlichung kann dabei nur erfolgen, wenn die Rechtsanwendung durch die nationalen Gerichte bei vergleichbaren Sachverhalten zu annähernd gleichen Ergebnissen führt. Im Fall einer solchen Ergebnisgleichheit in allen Mitgliedstaaten wären dann für alle Marktteilnehmer die gleichen Wettbewerbsbedingungen wie in einem Binnenmarkt gewährleistet und Handelsschranken durch unterschiedliche Kostenbelastungen beseitigt⁷. Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts kann bekanntlich in unterschiedlicher Form geschehen. Typischerweise erfolgt sie durch die Anwendung der unmittelbar in den jeweiligen Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts. Daneben finden die Vorschriften des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts auch indirekt Beachtung durch die richtlinien- bzw. gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts⁸. In jedem Fall bedarf es aber eines einheitlichen Verständnisses des Gemeinschaftsrechts. Denn eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet am besten einheitliche Ergebnisse in allen Bereichen und erzeugt die Rechtssicherheit, die den rechtsunterworfenen Bürgern eine sichere Orientierung über die Rechtslage auch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens ermöglicht⁹. Es ist daher eine kaum zu überschätzende Errungenschaft, daß mit dem EuGH eine Zentralstelle geschaffen wurde, von der aus, jeden-

⁷ M. Wolf, a.a.O. (Fn. 5), 981; vgl. auch Steindorff, ZHR 156 (1992), 1, 10 ff.; Everling, in: FS Lukes, 1989, 359, 359, 361 f., 364 ff. und 369 ff.; zur Funktion des EuGH im Rahmen europäischer Rechtsangleichung umfassend auch Rasmussen, in: Fédéralisme et Cour suprêmes, hrsg. v. Orban, 1991, 199 ff.

⁸ Dazu ausführlich Ehricke, RabelsZ 59 (1995), 598 ff.; M. Schmidt, RabelsZ 59 (1995), 569 ff.; Grundmann, JZ 1996, 274 ff.

⁹ So besonders klar M. Wolf, a.a.O. (Fn. 5), 981.

falls im Grundsatz, die Impulse und Leitlinien für ein gemeinschaftsweites, im wesentlichen nahezu einheitliches Verständnis von Gemeinschaftsrecht ausgeht. Mit Hinblick auf die integrative Wirkung dieser Funktion und vor dem Hintergrund des Versagens der politischen Kräfte ist der EuGH völlig zu recht respektvoll als der "Motor der Integration" bezeichnet worden¹⁰. Wenngleich die EuGH-Entscheidungen damit ein wichtiger Bestandteil der Rechtsfortentwicklung auf europäischem Gebiet darstellen, erzeugt die hervorgehobene Stellung des EuGH aber gleichzeitig auch Probleme¹¹. Da es auf der europäischen Ebene an einer mit wirklicher Machtfülle ausgestatteten, demokratisch legitimierten Legislative fehlt, wird der EuGH manchmal als "Ersatzgesetzgeber" angesehen, dem dann aber seinerseits die demokratische Legitimation fehle¹². Was dem Gerichtshof den Vorwurf der *gouvernement des juges*¹³ eingebracht hat und dazu geführt hat, daß mittlerweile ein Stottern des Motors konstatiert wird¹⁴, sind freilich in erster Linie jene Entscheidungen, in denen er "das Heft in die Hand genommen hat", wo ein gesetzgeberisches oder politisches Handeln der Staaten geboten gewesen wäre, diese sich aber nicht dazu entschließen konnten¹⁵. Abgesehen von diesen Fällen, die treffend durch die schon früh geäußerte Auffassung von *Kaiser* bezeichnet worden ist, daß der politische Wille der Mitgliedstaaten nicht einklagbar sei¹⁶, ist die zentrale Position des EuGH im Gefüge der Organe der EU als Hüter der Verträge und des Gemeinschaftsrechts im Grundsatz (noch)¹⁷ unangetastet.

b) Das Vorlageverfahren als Arbeitsteilung zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH ("justizieller Dialog")

Das wesentliche Instrument, das dem EuGH an die Hand gegeben worden ist, um ein einheitliches Verständnis von Gemeinschaftsrecht in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, ist das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177

¹⁰ S. J. Schwarze, The Role for the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law Among the Member States of the European Communities, 1988, 13 f.; Huff, FAZ v. 3. 12. 1992, 15; Stein, in: FS Juristische Fakultät der Univ. Heidelberg, 1986, 619 ff.; Dausen, a.a.O. (Fn. 2), 2; Nicolaysen, EuR 1972, 375, 375 ff.; Schlochauer, in: FS Hallstein, 1966, 431 ff. S. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 14. 10. 1981 zur Verantwortung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften für die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, ABl. EG 1981, C 287, 47.

¹¹ Ausführlich Stein, a.a.O. (vorige Fn.), 621 ff.

¹² S. etwa Tridimas, ELR 1996, 199, 199 f.; Dänzer-Vanotti, a.a.O. (Fn. 5), 205 ff.; Cappelletti, ELR 1987, 3, jeweils mit weiteren Nachweisen. Ferner s. Belatti, in: Europe 1993, 1988, 57 ff.; Rasmussen, ELR 1988, 28 ff. Aus deutscher dogmatischer Sicht vgl. zum Richter als "Ersatzgesetzgeber" neuestens Langenbucher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, 25 ff.

¹³ S. Colin, Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes, 1966; vgl. auch Rasmussen, a.a.O. (Fn. 7), 207 ff.

¹⁴ Vgl. Everling, DRiZ 1993, 5, 15; ders., in: Zölle, Verbrauchssteuern, europäisches Marktdienstrecht, hrsg. von Kruse, 1988, 51, 70; allgemein zu den Entwicklungstendenzen in der EU s. Dausen(-Müller-Graff), a.a.O. (Fn. 2), A I., Rn. 38 ff.

¹⁵ Stein, a.a.O. (Fn. 10), 622 mit Hinweis auf v. Simson, in: FS 125 Jahre Juristische Gesellschaft zu Berlin, 1984, 775, 785.

¹⁶ Kaiser, EuR 1966, 4, 19; dazu Stein, a.a.O. (Fn. 10), 623.

¹⁷ Vgl. Hummer/Obwexer, EuZW 1997, 295 ff.

EGV. Der im hiesigen Zusammenhang interessierende Sinn und Zweck des Art. 177 EGV ergibt sich aus der dezentralen Struktur der Gemeinschaft¹⁸. In einem System, das auf den arbeitsteiligen Vollzug von Gemeinschaftsrecht zwischen nationalen und Gemeinschaftsorganen angewiesen ist¹⁹, hat dabei die Wahrung der Rechtseinheit die größte Bedeutung²⁰. Von Anfang an hat der EuGH deutlich gemacht, daß die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu den Eckpfeilern des Gemeinschaftsrechts gehört. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EGV wird von ihm dafür als das probate Instrument angesehen. Dies ist schon früh im *Rheinmühlen*-Urteil sehr plastisch beschrieben worden:

*"Artikel 177 ist von entscheidender Bedeutung dafür, daß das vom Vertrag geschaffene Recht wirklich gemeinsames Recht bleibt; er soll gewähren, daß dieses Recht in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft immer die gleiche Wirkung hat. Auf diese Weise soll er unterschiedliche Auslegungen des Gemeinschaftsrechts verhindern, das die nationalen Gerichte anzuwenden haben; doch zielt er auch darauf ab, diese Anwendung selbst zu gewährleisten, da er dem nationalen Richter die Möglichkeit gibt, die Schwierigkeiten auszuräumen, die sich aus der Notwendigkeit ergeben können, dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zur vollen Geltung zu verhelfen. Jede Lücke in dem so geschaffenen System würde daher sogar die Wirksamkeit der Vertragsvorschriften und des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts in Frage stellen"*²¹.

Der Sinn und Zweck des Art. 177 EGV beschränkt sich allerdings nicht allein auf diesen Aspekt, sondern er umfaßt darüber hinaus auch die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts²² und die Gewährung individuellen Rechtsschutzes²³. Bedeutsam ist dabei, daß aufgrund des besonderen Charakters des Verfahrens nach Art. 177

¹⁸ Vgl. dazu Dausen, a.a.O. (Fn. 2), 43 ff.; Dausen(-Dausen), a.a.O. (Fn. 2), P. II, Rn. 5 ff.; Everling, a.a.O. (Fn. 4), 15; s. auch Grabitz/Hilf(-Wohlfahrt), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 2 ff.; Kovar, in: Louis/Vandersanden/M. Waelbroek (Hrsg.), La cour de justice des communautés européenne et les états membres, 1981, 33, 35 ff.; J. Schwarze, NJW 1992, 1065, 1071; Everling, DRiZ 1993, 5 ff.

¹⁹ Vgl. etwa EuGHE 1981, 3045, 3062 (*Foglia./Novello II*): "... [Es] ist daran zu erinnern, daß - wie der Gerichtshof in zahlreichen Entscheidungen hervorgehoben hat - Art. 177 im Interesse der ordnungsgemäßen Anwendung und einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten von einer Zusammenarbeit ausgeht, die auf einer Aufgabenteilung zwischen der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit und dem Gerichtshof der Gemeinschaften beruht." (Nr. 14).

²⁰ Zu den Gefahren der Rechtszersplitterung s. Lieber, (oben Fn. 3), 4 ff.

²¹ EuGHE 1974, 33, 38 (Nr. 2) (*Rheinmühlen*).

²² Everling, a.a.O. (Fn. 4), 17 f.; v.d.Groeben(-Krück), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 15 ff.; vgl. auch Pescatore, in: Gedächtnisschrift für L. Constantinesco, 1983, 559.

²³ S. Ress, Die Verwaltung 1987, 177, 180; vgl. ferner Dausen(-Dausen), a.a.O. (Fn. 2), P. II, Rn. 9; Everling, a.a.O. (Fn. 4), 18 ff.

EGV, das im Gegensatz zu direkten Klagen gerade kein Streitiges Verfahren der Parteien ist, sondern ein "ausgelagertes Zwischenverfahren"²⁴ darstellt, welches hinsichtlich des vor dem nationalen Gericht anhängigen Ausgangsrechtsstreits eine Koordinierungs- und Regulierungsfunktion übernimmt²⁵. Die Funktionen und die Auswirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens stellen mithin gleichsam die Rahmendaten für einen "judiziellen Dialog"²⁶ zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH dar. Das Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH läßt sich damit - theoretisch - als eine *do ut des-Beziehung* kennzeichnen. Daraus folgt unmittelbar, daß die Vorlage eines deutschen Zivilgerichts zum EuGH - unabhängig davon, daß Gemeinschaftsrecht kein fremdes Recht im Sinne des § 293 ZPO darstellt²⁷ - eine andere als eine Gutachtenfunktion hat, wenngleich das Urteil nach Art. 177 EGV aus Sicht des deutschen Richters faktisch wie ein solches wirken kann²⁸.

Die Autorität des Gerichtshofes gegenüber den nationalen Gerichten ergibt sich dabei nicht nur aus der formalen Stellung, die ihm der EG-Vertrag als Hüter des EG-Rechts bei dessen Auslegung und Anwendung (Art. 164 EGV) zugesteht. Sie folgt insbesondere auch daraus, daß der EuGH von den Organen als einziges dem Konsensprinzip entzogen ist²⁹, mit der Folge, daß dann, wenn er in einer Auseinandersetzung sagt, was rechtens ist, er damit häufig auch die Diskussion im politischen Bereich beendet (Befriedungsfunktion³⁰).

Von der grundsätzlichen Konzeption her ist das Instrument des Vorabentscheids also ebenso einfach wie effektiv. Das gemeinschaftsweit einheitliche Verständnis von Gemeinschaftsrecht soll schlicht dadurch hergestellt werden, daß Zweifelsfragen, die sich vor den Gerichten der Mitgliedstaaten ergeben, zentral beim EuGH entschieden werden und diese Entscheidungen dann gleichsam sternförmig für alle anderen Gerichte in der EU Geltung erlangen³¹.

Das Funktionieren dieses Instruments ist allerdings an zwei Bedingungen geknüpft. Die mitgliedstaatlichen Gerichte müssen zum einen von sich aus aktiv werden, um durch ihre Vorlagen den EuGH überhaupt erst in die Lage zu versetzen, Entscheidungen über Fragen des Gemeinschaftsrechts betreffend zu fällen. Erst dann stellt sich

²⁴ So bildlich *Ress*, a.a.O. (Fn. 5), 339.

²⁵ Treffend *Dausen(-Dausen)*, a.a.O. (Fn. 2), P. II, Rn. 5.

²⁶ Dazu ausführlich *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), 223 ff.

²⁷ BGHZ 19, 265; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 1992, § 293, Rn. 9; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 20. Aufl., 1996, § 293, Rn. 1; differenzierend allerdings OLG München EuR 1988, 409 - dagegen *Nicolaysen*, EuR 1988, 411.

²⁸ So auch *Beckmann*, Probleme des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWG-Vertrag, Diss. Münster 1988, 95.

²⁹ Statt aller *Grabitz/Hilf(-Pernice)*, a.a.O. (Fn. 6), Art. 164, Rn. 4.

³⁰ Dazu *Everling*, *RebelsZ* 50 (1986), 193, 213 f.

³¹ Zur Konzeption des Art. 177 s. allgemein *Hailbronner*, in: Handkommentar zu EWG-Vertrag, Lieferung 1991, Art. 177, Rn. 1 ff.; *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), 43 ff.; *Everling*, a.a.O. (Fn. 4), 9 ff.; v.d.Groeben (-*Krück*), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 2 ff.

zum anderen die Frage nach der Befolgung der Urteile durch die Gerichte, also nach der Bindungswirkung. Wenngleich der Schwerpunkt der folgenden Untersuchung auf dem letzteren Aspekt liegen wird, ist wegen der engen Verzahnung beider Bedingungen auch auf die Frage einzugehen, welche Schlupflöcher sich deutsche Zivilgerichte geschaffen haben, Vorlagen zu umgehen bzw. welche Möglichkeiten bestehen, derartige Umgehungen ggf. zu verhindern. Denn die Bindung von nationalen Gerichten an die Urteile des EuGH kann zum einen direkt betroffen sein, indem die Gerichte anders entscheiden als präjudiziert ist. Die Bindung an Urteile kann auch indirekt tangiert werden, wenn eine Entscheidung zum Gemeinschaftsrecht von den nationalen Gerichten gar nicht gefordert wird.

2. "Kommunikationsstörungen" im "justiziellen Dialog" seitens der nationalen Gerichte durch Nichtvorlage

a) Voraussetzungen für das Funktionieren eines "justiziellen Dialogs"

Voraussetzung für einen funktionierenden "Dialog" ist indes, daß, um im Bild zu bleiben, die Kommunikation von den nationalen Gerichten zum EuGH auch tatsächlich in Anspruch genommen wird und daß die Kommunikationsimpulse des EuGH von den Gerichten auch angenommen und akzeptiert werden. Dieser "justizielle Dialog" hat damit zwei Angelpunkte. Einerseits geht es um die Frage der Befolgung der Urteile des EuGH durch die nationalen Gerichte und damit zusammenhängend um die Bindung der Gerichte auf mitgliedstaatlicher Ebene an die Rechtsprechung des EuGH. Der andere Angelpunkt besteht darin, daß die mitgliedstaatlichen Gerichte von sich aus aktiv werden müssen, um durch ihre Vorlagen den EuGH überhaupt erst in die Lage zu versetzen, Entscheidungen über Fragen des Gemeinschaftsrechts betreffend zu fällen³². Denn die Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung, wie sie durch ein gleichmäßiges Verständnis des EG-Rechts in den einzelnen Mitgliedstaaten erreicht werden soll, kann in dem Maße leerlaufen, wie nationale Gerichte dafür sorgen, daß der EuGH mit bestimmten Fragen des Gemeinschaftsrechts betreffend nicht befaßt wird. Dieser Umstand ist auch deshalb besonders bedeutsam, weil es keinen Mechanismus gibt, der es zuläßt, daß der EuGH direkt oder mittelbar bestimmte Verfahren zur Entscheidung an sich ziehen kann. Er bleibt darauf angewiesen, daß ihnen die (Ober-)Gerichte Fragen vorlegen. Geschieht dies nicht, so kann man mit Hilfe dieses Instrumentariums den Sinn und Zweck des Art. 177 EGV ebenfalls leerlaufen lassen, ohne daß es dabei auf die Frage der Bindungswirkung ankäme. Eine Vorlage an den EuGH kann auch nicht auf Initiative der Parteien vorangetrieben werden, denn Art. 177 EGV bildet keinen Rechtsbehelf für die Parteien des

³² Vgl. *Streil*, in: J. Schwarze, (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983, 69, 72.

Ausgangsverfahrens, weil das Vorlageverfahren gerade als nichtstreitiges Verfahren konzipiert ist, in welchem die Parteien nur Gelegenheit zur Äußerung haben³³. Eine Vorlage kommt deshalb nur dann zustande, wenn das Gericht selbst meint, der EuGH müßte die Frage klären. Das Prozeßgericht muß also nicht schon deshalb vorlegen, weil eine Partei geltend macht, der Rechtsstreit werfe eine gemeinschaftsrechtliche Auslegungsfrage auf; die Anrufung des EuGH geschieht vielmehr von Amts wegen.

Die Verzahnung beider Bedingungen macht es erforderlich, vor der Untersuchung der bindenden Wirkung von Entscheidungen des EuGH nach Art. 177 EGV vorab auf den Aspekt hinzuweisen, daß sich die deutschen Zivilgerichte "Umgehungsstrategien" geschaffen haben, Vorlagen zu umgehen und darauf, welche Möglichkeiten bestehen, auf der Grundlage der ZPO, derartige Umgehungen ggf. zu verhindern.

b) Befund

Blickt man in die Statistiken des EuGH, so ist zunächst festzustellen, daß die Vorlagen der nationalen Gerichte relativ stetig ansteigen³⁴. Das scheint darauf hinzuweisen, daß eine deutliche Tendenz der nationalen Gerichte dahingeht, Fragen des Gemeinschaftsrechts vom EuGH vorab entscheiden zu lassen³⁵. Damit ergäbe sich ein wichtiger Baustein einer stabilen Basis gemeinschaftsweiter einheitlicher Geltung des Gemeinschaftsrechts im Rahmen der Bindung der Gerichte an die Entscheidungen des EuGH. Allerdings muß man mit den Daten über die Vorlageverfahren außerordentlich vorsichtig umgehen, denn zu Recht ist darauf hingewiesen, daß eigentlich auch die Nichtvorlagen gezählt werden müßten, um ein vollständiges Bild zu erhalten³⁶. Erst die Fälle, in denen eine Vorlage unterlassen worden ist, obwohl sie möglich und nach Art. 177 III EGV obligatorisch gewesen wäre, werfen ein wahres Licht auf die Bereitschaft der nationalen Gerichte, die "Kommunikation" mit dem EuGH aufzunehmen³⁷. Derartige Zahlen liegen jedoch nicht vor. In der Tendenz scheint es sich jedoch zu bewahrheiten, daß insgesamt gesehen nur eine geringe Zahl deutscher Gerichte nach Art. 177 EGV vorlegt und es sich bei den vorlegenden Gerichten tendenziell immer wieder um dieselben Gerichte handelt³⁸. Im Gegensatz zu den ansteigenden Zahlen, die sich im wesentlichen einfach aus der erheblichen Vergrößerung

³³ EuGHE 1965, 1267, 1275 (*Singer*).

³⁴ S. die sehr gut aufbereiteten Statistiken bei Dausen(-Dausen), a.a.O. (Fn. 2), P. V., insbesondere die Statistiken 3 und 4.; s. ferner auch *Lenz*, NJW 1993, 2664. Vgl. aber dagegen die Hinweise auf zurückgehende Vorlagen bei *Schmeding/Schohe*, in: FS Gaedertz, 1992, 525, 541, Fn. 50.

³⁵ Zur Vorlagepraxis einzelner Staaten s. die Länderberichte von *Voß* (Deutschland), *Lincoln* (Großbritannien), *Errera* (Frankreich), *Saggio* (Italien), *Mok* (Niederlande), *Calogeropoulos* (Griechenland), *Verougstraete* (Belgien), in: Schermers (Hrsg.), Art. 177 EEC: Experiences and Problems, 1987, 51 ff.; zur Statistik Dausen(-Dausen), a.a.O. (Fn. 2), P. V., Statistik 3; s. auch *Ress*, Die Verwaltung 1987, 177, 196.

³⁶ *Habscheid*, in: FS von der Heydte, I, 1977, 205, 207.

³⁷ Vgl. auch *Streil*, a.a.O. (Fn. 32), 71.

³⁸ *S. Voß*, EuR 1986, 95, 96 f. und die Statistik Nr. 4 bei Dausen(-Dausen), a.a.O. (Fn. 2), P. V.

der Anzahl von Verfahren mit Gemeinschaftsrechtsberührung ergeben dürften, ist in der Praxis festzustellen, daß viele nationale Gerichte direkt oder indirekt dem Gerichtshof nicht mehr einschalten³⁹: Man spürt deutlich "*l'allergie longtemps montrée par les juges nationaux de laisser guider par la C.J.C.E*"⁴⁰. Auch wenn man speziell die Vorlagepraxis der deutschen Gerichte in den Blick nimmt, so drängt sich der Eindruck auf, es gäbe ein ganz offensichtliches Bemühen, einer Vorlage an den EuGH aus dem Weg zu gehen⁴¹. Die Gründe dafür können ganz unterschiedlich sein. Sie können in unmittelbarem Zusammenhang mit ganz grundsätzlichen Motiven für die allgemein größer werdende Skepsis hinsichtlich einer Vorlage an den EuGH⁴² stehen, wie etwa Hemmungen, Gemeinschaftsrecht als "fremdes" Recht im nationalen Rahmen anzuwenden oder Befürchtungen, unerwünschte Autoritätsverluste des eigenen Standes hinnehmen zu müssen⁴³. Gründe finden sich aber auch in prozeßspezifischer Hinsicht. So sind zum Teil simple Kenntnislücken hinsichtlich des Instituts der Vorlegung oder aber auch ganz im Gegenteil die Vorstellung ausschlaggebend, man könne aufgrund der breiten Diskussion gemeinschaftsrechtlicher Fragen in der Literatur die Entscheidung selbst treffen und bräuchte deshalb den EuGH nicht. Ferner wird versucht, mit einer Umgehung der Vorlage, den Prozeß zügig⁴⁴ und kostengünstiger voranzutreiben. Schließlich findet sich mittlerweile auch vermehrt die Vorstellung, das nationale Zivilrechtssystem würde im Hinblick auf Leistungsfähigkeit und Dogmatik beeinträchtigt, wenn der EuGH (zuviel) Entscheidungsbefugnisse bzw. zu viel Entscheidungsmaterial erhielte⁴⁵.

³⁹ S. den instruktiven Befund bei Basedow, a.a.O. (Fn. 5), 668 ff. Vgl. etwa im Hinblick auf die Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht des II. BGH Senates Steindorff, ZHR 156 (1992), 1, 3; Kindler, NJW 1993, 3120 ff.; allerdings auch Basedow, a.a.O. (Fn. 5), 665, der meint, der II. Senat habe sich vom *Saulus* zum *Paulus* gewandelt. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Arbeitsgerichts Bertelsmann, NZA 1993, 775, 778 ff.; im Hinblick auf den BFH Beisse, in: Rechtsstaat in der Bewährung 24 (1989), 19, 21.; Wägenbaur, in FS Everling, II, 1995, 1611 ff.; Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, 107. Sehr instruktiv sind die Ausführungen von Hummer/Obwexer, EuZW 1997, 295, 300 ff. auf die Reaktionen der Mitgliedstaaten auf zu "progressives Richterrecht" des EuGH ("legislative Korrektur" von Urteilen: 301 ff.; Kodifizierung von Richterrecht: 304 f.).

⁴⁰ Schmeding/Schohe, a.a.O. (Fn. 34), 529, Fn. 17 unter Berufung auf Gavalda/Parléani, Droit Communautaire des Affaires, 1988, Nr. 163.

⁴¹ So Brechmann, a.a.O. (Fn. 39), 107; Dietz-Hochleitner, Rev. Marché unique Europ. 1994, 111 ff.; Schmeding/Schohe, a.a.O. (Fn. 34), 526 f. mit einer Auflistung verschiedener Schranken, die im nationalen Recht aufgebaut werden können, um den Weg zum EuGH zu verbauen oder zu erschweren; Heß, ZZP 108 (1995), 59, 63; Basedow, a.a.O. (Fn. 5), 665; Wägenbaur, a.a.O. (Fn. 39) 1611 ff.

⁴² Sehr ausführlich und instruktiv Basedow, a.a.O. (Fn. 5), 671 ff., der sechs verschiedene Kategorien nachweist.

⁴³ Vgl. Canaris, EuZW 1994, 417; s. auch das Britische Memorandum über den EuGH vom 23. 7. 1996 - zu recht sehr kritisch dazu Hummer/Obwexer, EuZW 1997, 295, 301 ff., insbes. 303 f.

⁴⁴ Zu dem Aspekt, daß die Dauer der Verfahren vor dem EuGH die nationalen Gerichte davor abschrecken, Fragen vorzulegen, vgl. Scorey, ELR 1996, 224; Kapteyn, in: FS Schermers, 1994, 135; van Gerven, ELR 1996, 211 f.

⁴⁵ Vgl. ausführlich Basedow, a.a.O. (Fn. 5), 671 ff.; Voß, EuR 1986, 95, 104 ff. (zur Unkenntnis der Richter und Anwälte, 104); Schulze-Osterloh, ZGR 1995, 170, 178 und Heß, ZZP 108 (1995), 59, 101 f. (zur Prozeßverzögerung). Speziell zur sog. "Denationalisierung" des Privatrechts und den Folgen s. Remien, ZfRvgl. 1995, 116.

Gleichzeitig ist aber zu bemerken, daß sich teilweise auch aus der anderen Perspektive, nämlich der des EuGH, Hindernisse im Vorfeld der Klärung des Gemeinschaftsrechts ergeben. Aufgrund der hohen Arbeitsbelastung des Gerichtshofes⁴⁶, zeigt sich eine Tendenz, die Fragen, zu denen Stellung genommen werden soll, ein wenig zu reduzieren. Zwar ist man noch weit davon entfernt, nur "wesentliche" Fragen zu entscheiden und gleichsam einen Vorprüfungsausschuß einzusetzen, wie er beim BVerfG bekannt ist, doch finden sich vereinzelt schon Hinweise darauf, daß der EuGH nicht mehr gewillt ist, sich mit jeder Frage, die vorgelegt wird, zu beschäftigen⁴⁷. Wesentlich wichtiger als diese noch auf (rare) Einzelfälle beschränkte Praxis sind die Dezentralisierungsmomente, die von der sog. *acte-clair-Doctrin* (dazu sogleich) ausgehen. Insoweit finden sich Ansätze zu einer Arbeitsteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten, die aber die Gefahr in sich birgt, daß durch die Aktivität vieler verschiedener Gerichte das Postulat des gemeinschaftsweiten einheitlichen Verständnisses des Gemeinschaftsrechts angetastet werden könnte.

c) Umgehungsstrategien (*acte-clair-Doctrin*)

Zur Vermeidung einer Vorlage stehen den Gerichten im wesentlichen drei Möglichkeiten (Umgehungsstrategien) zur Verfügung. Zwei davon setzen an den Vorlagevoraussetzungen des Art. 177 EGV an. Zum einen kann das nationale Gericht den speziellen Sachverhalt so interpretieren, daß die gemeinschaftsrechtliche Frage gar nicht für den speziellen Fall entscheidungserheblich wird. Zum anderen kann das nationale Gericht meinen, die spezielle gemeinschaftsrechtliche Regelung sei gar nicht durch den EuGH auslegungsbedürftig. Die dritte Möglichkeit, die in der Praxis zum Teil zu beobachten ist, sich praktisch jedoch nicht empirisch nachweisen läßt, ist der Umstand, daß die Richter die Parteien mit dem Hinweis auf die Verfahrensdauer auf die Kosten und die Schwierigkeiten eines Vorlageverfahrens in Luxemburg dazu bringen, sich zu vergleichen⁴⁸.

Verhältnismäßig unproblematisch ist die Zurückhaltung hinsichtlich der Vorlage bei Gerichten, deren Entscheidung noch mit Rechtsmitteln angefochten werden können (Instanzgerichte). Da diese nach Art. 177 II EGV ohnehin nicht vorlegen müssen, spielt es auch keine Rolle, ob diese Instanzen sich vorlageaversiv verhalten⁴⁹. Dies-

⁴⁶ Dazu vgl. *Everling*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Fortentwicklung des Rechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft, 1987, 39, 40 ff.; *Biancarelli*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Fortentwicklung (a.a.O.), 73 ff.; *Zuleeg*, JZ 1994, 1, 7.

⁴⁷ Vgl. EuGHE 1992, I - 4871 (*Meilicke*); EuGHE 1993, I - 429 (*Telemarsicabruzzo*); EuGH v. 19. 3. 1993 - Rs. C-157/92 (*Branchero*) (noch nicht in Slg.).

⁴⁸ Dem Verf. sind ein Verfahren beim OLG Karlsruhe und eines beim OLG Celle bekannt, in dem sich die Parteien vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten, die mit einer Vorlage einer Frage an den EuGH verbunden sind, verglichen haben.

⁴⁹ Anders indes *Pietrek*, Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV, 1989, 115 f., der annimmt, daß auch ein Instanzgericht zur Vorlage verpflichtet sein kann. Das soll dann der Fall

bezüglich ist nämlich prinzipiell noch das letztinstanzliche Gericht zur "Kontrolle" vorhanden⁵⁰. Wenn aber diese "Kontrolle" nicht in Anspruch genommen wird, kann es in vereinzelt Fällen zu einer nicht weiter überprüfbaren Anwendung von Gemeinschaftsrecht kommen, die von der vom EuGH vorgegebenen Rechtsprechung abweicht, so daß die einheitliche Anwendung von Gemeinschaftsrecht insoweit letztlich nicht durchgesetzt werden kann. Das ist immer dann der Fall, wenn die Parteien des Ausgangsrechtsstreits auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichten und das Gericht von sich aus nicht nach Art. 177 II EGV vorlegt. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der einheitlichen Geltung des EG-Rechts in den Mitgliedstaaten ist früher bemängelt worden, daß die Instanzgerichte "total bindungslos" seien⁵¹. Art. 177 II EGV macht durch seine Konzeption als "Kann-Vorschrift" allerdings deutlich, daß das Gemeinschaftsrecht insoweit durchaus eine gewisse Disharmonie in der Anwendung des EG-Rechts auf der oder den unteren Ebene(n) der Gerichte hinzunehmen gewillt ist. Zudem wird es sich dabei insgesamt gesehen zahlenmäßig wohl um eine relativ geringe Anzahl von Fällen handeln, so daß das Gemeinschaftsrecht diese "Abweichungsquote" vom gemeinschaftsweit geltenden Gemeinschaftsrecht hinnehmen kann⁵². Problematisch und im folgenden allein von Interesse sind die letztinstanzlichen Gerichte, die nach Art. 177 III EGV zur Vorlage verpflichtet sind.

Besondere Bedeutung im Rahmen dieser "Umgehungsstrategien" hat stets die Behauptung, es gäbe keine Zweifel hinsichtlich der Auslegung des im konkreten Rechtsstreits in Frage stehenden Gemeinschaftsrechts. Nach der aus dem französischen Verwaltungsrecht übernommenen *acte-clair-Doktrin*⁵³ entfällt die Vorlagepflicht, wenn kein vernünftiger Zweifel an der Gültigkeit oder der Auslegung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts besteht⁵⁴. Das bedeutet praktisch, daß - soweit

sein, wenn sich für das Gericht das Vorlageermessen auf Null reduziert, etwa bei schwerwiegenden Zweifeln an der Vereinbarkeit der nationalen Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht. In diese Richtung gehen auch die Äußerungen von *Constantinesco*, AWD 1967, 125, 128 f.; *ders.*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, I, 1977, §§ 732 und 737; *Hay*, CDE 1971, 503, 504. Diese Auffassung hat jedoch keine Grundlage im Vertragstext. Art. 177 II EGV mag zwar als Ermessensvorschrift aufgefaßt werden (so auch *Lutter*, ZZP 86 (1973), 107, 131; *Basse*, Das Verhältnis zwischen der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und der deutschen Gerichtsbarkeit, 1967, 213; *Habscheid*, a.a.O. (Fn. 36), 218), jedenfalls ist es aber dem Gericht freigestellt, dem EuGH vorzulegen oder nicht; vgl. dazu *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), 95 ff., der im Ergebnis im wesentlichen die Auffassung stützt, die hier vertreten wird, 96. S. dazu auch *Lieber*, a.a.O. (Fn. 3), 80 ff.

⁵⁰ Vgl. *Everling*, a.a.O. (Fn. 4), 66; *Trabucchi*, RTDE 1974, 56, 60.

⁵¹ So noch *Daig*, in v.d.Groeben (Hrsg.), EWG-Kommentar, 3. Aufl., 1983, Art. 177, Rn. 46.

⁵² Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Vorschläge, Art. 177 II EGV ganz abzuschaffen, so daß nur noch eine Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichte bleibt. Dazu *Lenz*, NJW 1993, 2664, 2664 f.; *Zuleeg*, JZ 1994, 1, 7.

⁵³ Zur *acte-clair-Doktrin* in Frankreich vgl. den auch in Deutschland Aufsehen verursachenden Fall des Conseil d'Etat (*Cohn-Bendit*), EuGRZ 1979, 251 - dazu *Tomuschat*, EuGRZ 1979, 257 ff. Ferner s. *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), P II., Rn. 99 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 2), 113 ff. Vgl. auch die sehr instruktive Analyse der Hintergründe für die eher zurückhaltende Haltung der französischen Gerichte zur Überprüfung nationaler Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht bei *Roseren*, in: FS für (Essays for the Hon. Mr. Justice T. F.) O'Higgins, 1992, 257.

⁵⁴ EuGHE 1982, 3415, 3430 und 3431 Nr. 16 und 21 (*CILFIT*).

die Regeln des Gemeinschaftsrechts für den deutschen Richter unmittelbar anwendbar sind - jener es zunächst in weitem Maße selbst in der Hand hat zu entscheiden, ob das entsprechende Problem den EuGH erreicht, indem er prüft, ob er selbst die Frage Gemeinschaftsrecht betreffend klären kann.

Der Begriff des "vernünftigen Zweifels" wird dabei regelmäßig durch "Zweifel eines Sachkundigen" erklärt⁵⁵. Der Begriff des Zweifels ist aber trotz einiger Präzisierungsbemühen unscharf geblieben⁵⁶. Der EuGH hat bislang noch nicht ausdrücklich zu dieser *acte-clair-Doktrin* Stellung genommen. Immerhin hat er im *CILFIT*-Urteil einige Leitkriterien zu Inhalt und Grenzen der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte aufgestellt⁵⁷. Seit diesem Urteil ist es allgemeine Ansicht, daß ein nationales Gericht nicht vorzulegen braucht, wenn die Frage bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorlage war oder wenn eine gefestigte Rechtsprechung die Beantwortung der Frage eindeutig präjudiziert⁵⁸. Die Vorlagepflicht entfällt daher schon dann, wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH zu der betreffenden Rechtsfrage besteht, und zwar unabhängig davon, innerhalb welcher Verfahrensart sich diese Rechtsprechung entwickelt hat. Das gilt selbst dann, und das ist der entscheidende Punkt, wenn die strittigen Fragen mit den bereits geklärten nicht völlig identisch sind⁵⁹. Die Vorlagepflicht kann aber auch dann entfallen, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Nach Ansicht des EuGH darf das innerstaatliche Gericht jedoch nur dann davon ausgehen, daß ein solcher Fall vorliegt, wenn es überzeugt ist, daß auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedsstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde⁶⁰. Da ein nationaler Richter aber unmöglich feststellen kann, ob dieselbe Gewißheit über die Eindeutigkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Norm auch in den Gerichten der anderen Mitgliedstaaten bzw. beim EuGH besteht, läuft die *acte-clair-Doktrin* praktisch leer, wenn man die letztgenannte *CILFIT*-Ausnahme wörtlich nimmt⁶¹. Ein solches Resultat kann jedoch vom EuGH nicht intendiert gewesen sein, wenn er versucht den nationalen Richtern Kriterien an die Hand zu geben, wann sie nicht vorzulegen brauchen, um letztlich auch seine eigene Arbeit zu verringern und die Arbeitsteilung zwischen ihm und den nationalen Gerichten voranzutreiben⁶². Daher sind die

⁵⁵ *Genevois*, EuR 1985, 355, 357; vgl. auch , in: Grabitz/Hilf(-Wohlfahrt), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 42.

⁵⁶ *Voß*, EuR 1986, 95, 103; *Dausen(-Dausen)*, a.a.O. (Fn. 2), P II., Rn. 109; *Heß*, ZJP 108 (1995), 59, 81.

⁵⁷ EuGHE 1982, 3415, 3429 f. (*CILFIT*).

⁵⁸ EuGHE 1982, 3415, 3430 (*CILFIT*).

⁵⁹ *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), P II., Rn. 107.

⁶⁰ EuGHE 1982, 3415, 3430 (*CILFIT*).

⁶¹ *Basedow*, a.a.O. (Fn. 5), 664; s. auch *Heß*, ZJP 108 (1995), 59, 81; vgl. auch *Pietrek*, a.a.O. (Fn.49), 202 ff.

⁶² Die damit einhergehende Dezentralisierung der Rechtsprechung wird teilweise ausdrücklich begrüßt, etwa von *Scorey*, ELR 1996, 228 f., der davon ausgeht, daß die nationalen Gerichte tendentiell

in *CILFIT* aufgezählten Kriterien lediglich als Orientierungshilfe für die nationalen Gerichte zu verstehen⁶³. Es gilt allerdings der Grundsatz *in dubio pro praesentatione*⁶⁴. Trotz dieses Grundsatzes führen die aus Sicht des Gemeinschaftsrechts relativ "weichen" Kriterien für eine Nichtvorlage in der Praxis offenbar dazu, daß die letztinstanzlichen deutschen Gerichte, statt den "Dialog" mit dem EuGH aufzunehmen, lieber mit einem mehr oder weniger großen Begründungsaufwand feststellen, daß bestimmte gemeinschaftsrechtliche Normen so eindeutig seien, daß nicht vorgelegt zu werden brauche⁶⁵. Das birgt freilich die Gefahr in sich, daß über das verfolgte Ziel hinausgeschossen wird, den EuGH in seiner Arbeit zu entlasten, und vielmehr die Entscheidungskompetenz und das Entscheidungsmonopol des EuGH bedroht wird leerzulaufen.

d) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Nichtvorlage nach deutschen Zivilprozeßrecht

Die "Umgehungsstrategien" werfen die Frage auf, ob das deutsche Zivilprozeßrecht Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Nichtvorlage bei Abweichen von der Auffassung des EuGH kennt.

Denkbar wäre etwa, daß die Nichtvorlage eines Instanzgerichts (Berufungsgerichts) unabhängig vom Beschwerdewert den Grund für eine Grundsatzrevision nach § 546 I 1 ZPO bildet⁶⁶. Häufig wird dies bejaht und darauf hingewiesen, daß eine Frage, die Gemeinschaftsrecht betrifft und noch umstritten ist bzw. vom EuGH noch nicht entschieden worden ist, "grundsätzliche Bedeutung" im revisionsrechtlichen Sinne habe⁶⁷. Allerdings soll die Vorlagemöglichkeit offensichtlich nur dazu dienen, eine weitere Instanz in der nationalen Gerichtsbarkeit zu eröffnen, denn, so wird weiter vertreten, wenn die Frage das Revisionsgericht erreicht habe, könne dieses in den Fällen selbst von einer Vorlage absehen, wenn seiner Meinung nach die Rechtsfrage vom Gemeinschaftsrecht her keinen grundsätzlichen Charakter aufweise⁶⁸. Gegen diese Auffassungen sind indes Bedenken vorzubringen. Diese sind von *K. Schmidt* überzeugend herausgestellt worden. Er hat zu Recht darauf hingewiesen, daß nicht

die Möglichkeiten, die ihnen hinsichtlich der Auslegung von Gemeinschaftsrecht zuwachsen würden, nicht zum Nachteil der Gemeinschaft ausnutzen werden, a.a.O., 229.

⁶³ S. auch *Everling*, a.a.O. (Fn. 4), 48 ff.; *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), 75 f.; v.d.Groeben(-*Krück*), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 71; wohl auch *Heß*, ZJP 108 (1995), 59, 81; anders dagegen *Wölke*, EuGRZ 1988, 97, 102.

⁶⁴ So der bildhafte Ausdruck von *Everling*, a.a.O. (Fn. 4), 50.

⁶⁵ Vgl. als Extrema auf der einen Seite BGHZ 110, 47, 42 ff. und auf der anderen BFH, NJW 1991, 1775 f.

⁶⁶ Dafür *Baumbach/Lauterbach/Albers*, ZPO-Kommentar, 54. Aufl., 1996, § 546, Rn. 10; *Meier*, EuZW 1991, 11, 12 ff.; *Glaesner*, EuR 1990, 149; vgl. auch OLG Frankfurt/M., NJW 1990, 1001, 1002 und 1004; dagegen *Schaub*, NJW 1994, 81; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), 735.

⁶⁷ *Heß*, ZJP 108 (1995), 59, 99 f.; *Baumbach/Lauterbach/Albers*, a.a.O. (vorige Fn.), § 546, Rn. 10; *Meier*, EuZW 1991, 11, 12 f.; vgl. auch *Dausen(-Dausen)*, a.a.O. (Fn. 2), P II., Rn. 96.

⁶⁸ *Heß*, ZJP 108 (1995), 59, 100.

die Möglichkeit einer Vorlage allein, sondern die Rechtssache selbst die grundsätzliche Bedeutung des Rechtsmittels bestimmt⁶⁹. Andernfalls würde das deutsche Revisionsrecht nämlich korrigierend auf die Entscheidung des Art. 177 II EGV Einfluß nehmen, daß Instanzgerichte in der Vorlage frei sind. Auch das BVerfG scheint der hier vertretenen Auffassung nahezustehen. So lehnte es etwa eine Verfassungsbeschwerde ab, in der gerügt wurde, daß der BGH eine Revision nicht angenommen habe und dabei eine Vorlage nach Art. 177 EGV unterlassen hatte⁷⁰. Im Hinblick auf die Annahmerekvision (§ 554 b ZPO) gilt entsprechendes⁷¹.

Das deutsche Zivilprozeßrecht kennt ferner auch keine eigenen Rechtsschutzmittel, wenn das letztinstanzliche Gericht, eine Frage nicht vorlegt, sondern sie selbst löst, wobei Gemeinschaftsrecht abweichend von der Rechtsprechung des EuGH angewendet wird.

Die Diskussion um die Anwendung des § 252 ZPO im Hinblick auf den Art. 177 EGV⁷², bedarf hier keiner Beachtung, weil sie nämlich genau den entgegengesetzten Fall erfaßt (Rechtsschutz gegen Vorlage).

Man könnte allerdings daran denken, ob nicht möglicherweise gegen ein letztinstanzliches Urteil, in dem die Richter von einer Rechtsprechung des EuGH abgewichen sind und gleichzeitig nicht vorgelegt haben, obwohl vom EuGH zu dieser Frage noch keine Stellungnahme vorliegt bzw. die Beantwortung der Frage noch umstritten ist, eine Restitutionsklage nach § 580 ZPO möglich ist. Gedanken in diese Richtung sind vereinzelt geäußert worden⁷³, doch verdient ein solcher Vorstoß keine Zustimmung. Als Grundlage für eine derartige Klage soll die analoge Anwendung des § 580 Nr. 6 ZPO im Lichte des Art. 5 EGV in Betracht kommen⁷⁴. Unabhängig davon, daß hier eher eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 580 Nr. 6 ZPO gemeint sein dürfte und eine solche wegen des Ausnahmecharakters des § 580 ZPO wohl ausgeschlossen ist⁷⁵, kann diese Ansicht nicht überzeugen. Die entschei-

⁶⁹ K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), 737; anders hingegen Koch, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, 1994, 109 ff.

⁷⁰ BVerfG NJW 1992, 678.

⁷¹ Anders Heß, ZZP 108 (1995), 59, 100; allgemein zur Bindung der Ablehnung einer Revision nach § 554 b ZPO MüKo ZPO(-Walchshöfer), a.a.O. (Fn. 27), § 554 b, Rn. 30.

⁷² Dazu K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), 735 m.w.N.; Ress, Die Verwaltung 1987, 194; Geimer, IZVR, 3. Aufl., 1997, Rn. 246 n.; Dausen(-Dausen), a.a.O. (Fn. 2), P II., Rn. 75; MüKo ZPO(-Feiber), a.a.O. (Fn. 27), § 252, Rn. 19; OLG Köln, WRP 1977, 734 ff.; auf der einen Seite, Pfeiffer, NJW 1994, 1996 ff. auf der anderen Seite Heß, ZZP 108 (1995), 59, 97 f.; Roth, in: Stein/Jonas, ZPO - Großkommentar, Band 2, 21. Aufl., 1994, § 148, Rn. 106 f.; OLG Düsseldorf, NJW 1993, 1661 vermittelnd; ferner vgl. auch Tomuschat, a.a.O. (Fn. 3), 141. Vgl. auch Rengeling/Middecke/Gellermann, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 395; HandKomm(-Hailbronner), a.a.O. (Fn. 31), Art. 177, Rn. 24.

⁷³ Basse, a.a.O. (Fn. 49), 183 ff.; G. Meier, EuZW 1991, 11, 14; offen MüKo ZPO(-Lüke), a.a.O. (Fn. 27), Einleitung, Rn. 109.

⁷⁴ G. Meier, EuZW 1991, 11, 14 f.

⁷⁵ Vgl. zu dem besonderen Charakter der Restitutionsklage als eng zu verstehende Ausnahmevorschrift hinsichtlich der Durchbrechung der Rechtskraft MüKo ZPO(-Braun), a.a.O. (Fn. 27), § 580, Rn. 1 ff., insbes. 3 ff. Dort findet sich eine sehr lesenswerte kritische Aufarbeitung der unterschiedli-

denen Argumente sind ebenfalls bereits von *K. Schmidt* formuliert worden⁷⁶: § 580 ZPO spricht gravierende Mängel der Urteilsgrundlagen an, die das Prozeßrechtsverhältnis der Parteien und die Richtigkeitsgewähr des Zivilurteils beschädigen. Eine Nichtvorlage, selbst wenn sie mit einer Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH einhergeht ist gerade kein entsprechend einschneidender Fall, der geeignet ist, das Fundament des Urteils als solches zu zerstören. Zudem würde damit übersehen, daß die Vorlage bzw. die Bindungswirkung an Urteile des EuGH nur indirekt individualschützenden Charakter hat - wie ihn § 580 ZPO jedoch voraussetzt - die wesentliche Ausgabe dessen ist vielmehr, wie oben dargelegt, der allgemeine Integrationsgedanke⁷⁷.

Es ist also festzustellen, daß gegen eine Ablehnung der Vorlage eines deutschen Zivilgerichts an den EuGH nach dem deutschen Zivilprozeßrecht Rechtsmittel nicht möglich sind⁷⁸. Damit rückt vorerst der "zweite Angelpunkt" des "justiziellen Dialogs" in den Mittelpunkt des Interesses. Denn zumindest die Einheitlichkeit der Auslegung und des Verständnisses von Gemeinschaftsrecht - also bildlich gesprochen die Kommunikationsrichtung vom EuGH zu den nationalen Gerichten - kann erreicht werden, wenn die jeweiligen mitgliedstaatlichen Gerichte an die Rechtsprechung des EuGH gebunden wären.

B. Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des EuGH nach Art. 177 EG-Vertrag aus der Perspektive des deutschen Zivilprozeßrechts

I. Einleitung

Hat ein deutscher Zivilrichter in einem Fall primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht anzuwenden, so liegt es nahe zunächst zu untersuchen, ob und wenn ja inwieweit er bereits aufgrund deutschen (Zivilprozeß-)Rechts an Entscheidungen des EuGH nach Art. 177 EGV gebunden sein könnte. Damit ist die Frage angesprochen, ob und in welchem Umfang das deutsche Recht die Bindung des Zivilrichters an Präjudizien vorsieht⁷⁹. Als Präjudizien sollen hier und im folgenden Entscheidungen verstanden werden, in denen dieselbe Rechtsfrage, über die neuerlich zu entscheiden ist, von einem Gericht in einem anderen Fall bereits einmal entschieden worden ist.

chen Positionen hinsichtlich der Interpretation des Restitutionsrechts und seiner Grundlagen; vgl. ferner auch Zöller(-Greger), a.a.O. (Fn. 27), § 580, Rn. 1 ff., insbes. 1 f., 3 und 8 ff.

⁷⁶ *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), 738.

⁷⁷ S. oben A. II. 1.

⁷⁸ Ebenso *Dausies*, a.a.O. (Fn. 2), 95; *Everling*, DRiZ 1993, 5, 12.

⁷⁹ Zur Frage der Präjudizien im öffentlichen Recht im Hinblick auf das Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH s. *Pietrek*, (Fn. 49), 148 ff.; vgl. auch den instruktiven Überblick bei *Ziegler*, Selbstbindung der Dritten Gewalt, 1993, 201 ff.

Präjudiziell ist dabei nicht die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung des Einzelfalls, sondern nur die im Rahmen der Urteilsbegründung vom Gericht gegebene Antwort auf eine Rechtsfrage, die sich in dem jetzt zu entscheidenden Fall in gleicher Weise stellt⁸⁰. Diese Frage kann in zwei Schritten beantwortet werden. Zunächst ist der für den Zivilrichter relevante Normenbestand daraufhin zu befragen, ob die Bindung eines Richters an Entscheidungen anderer Gerichte vorgesehen sind (II.). Danach soll der Schritt vom konkreten zum abstrakten getan werden. Es schließt sich die rechtstheoretische Überlegung an, ob - unabhängig von positiv-rechtlichen Regelungen - die Bindung an Präjudizien im deutschen Recht zu befürworten ist und sich diese ggf. auf allgemeine Erwägungen stützen läßt (III.).

II. Die Bindung des Zivilrichters an andere Entscheidungen nach deutschen Zivilprozeßrecht

1. Bindungswirkungen von Entscheidungen bezüglich derselben Sache

a) Vorschriften über die bindende Wirkung von anderen Entscheidungen

Sichtet man zunächst also die ZPO und das GVG stellt man fest, daß es ein erstaunlich breit gefächertes System an Vorschriften gibt, die dem Richter einer Bindung an Entscheidungen anderer Gerichte unterwerfen⁸¹. Im Hinblick auf die Zuständigkeit legt beispielsweise § 11 ZPO fest, daß ein Gericht an die rechtskräftige Feststellung der Unzuständigkeit eines anderen Gerichts gebunden ist, wenn dieselbe Sache später bei ihm anhängig wird. Im Verhältnis verschiedener Rechtswege zueinander bindet die rechtskräftige Bejahung der Zulässigkeit eines bestimmten Rechtsweges andere Gerichte in ihrer Entscheidung (§ 17 a GVG). Im Kostenrecht gibt es eine strikte Bindungswirkung der Kostengrundentscheidung im Festsetzungsverfahren für die beteiligten Gerichte⁸². In derselben Sache sind z. B. Revisionsgerichte an die Tatsachenfeststellung der Berufungsinstanz gebunden (§ 561 ZPO). Andersherum sind nach § 565 II ZPO Instanzgerichte an eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts im Falle der Zurückverweisung gebunden⁸³; entsprechendes gilt für die Entscheidung

⁸⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, 429.

⁸¹ Allgemein zu diesem Komplex vgl. B. Werner, Rechtskraft und Innenbindung zivilprozessualer Beschlüsse, 1983, 52 ff., 99 ff.

⁸² BGH NJW 1962, 36; OLG Bamberg, JurBüro, 1986, 108; speziell zur Bindung an die Festsetzung von Prozeßkostenhilfe vgl. Schneider, MDR 1989, 225.

⁸³ Die Bindung der Untergerichte bezieht sich dabei auf die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts, vgl. BGHZ 3, 321, 326; BGHZ 22, 370, 374; MüKo ZPO(-Walchshöfer), a.a.O. (Fn. 27), § 565, Rn. 9; Zöller(-Gummer), a.a.O. (Fn. 27), § 565, Rn. 3. Nicht eigens eingegangen wird an dieser Stelle auf die Frage, ob das Berufungsgericht auch an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgericht gebunden ist, wenn es dessen Rechtsansicht für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht hält. Aus naheliegenden Gründen wird dies zu recht allgemein verneint; so etwa MüKo ZPO(-Walchshöfer), a.a.O. (Fn. 27), § 565, Rn. 14. Zur Begründung wird - wenn überhaupt - zwar auf Art. 177 EGV verwiesen, doch erscheint es indes notwendig, eine derartig weite Auslegung des § 565 ZPO noch auf weitere

einer Rechtsfrage des Großen Senats oder der Vereinigten Großen Senate gegenüber dem erkennenden Senat des BGH (§ 138 I und III GVG). Eine ähnliche Form der Bindung eines Gerichts findet sich auch in § 519 b I ZPO, wonach ein Beschluß, durch den eine Berufung verworfen wird, das Berufungsgericht grundsätzlich bindet⁸⁴. Bindungswirkungen ergeben sich darüber hinaus in besonderem Maß aus der Rechtskraft von Urteilen. Das macht § 318 ZPO deutlich⁸⁵. Ausprägungen davon finden sich etwa in die Bindung des Gerichts an das Grundurteil nach § 304 ZPO, an ein Teilurteil oder an ein Vorbehaltsurteil (§ 302 III, § 599 III ZPO), in der grundsätzlich bindenden Wirkung von Beschlüssen, die ein Urteil berichtigen (§ 319 II ZPO)⁸⁶ oder in der Bindung von Gerichten, wenn dieses als Vorfrage über einen Streitpunkt zu entscheiden hat, der in einem Gericht eines anderen Gerichtszweiges bereits als Hauptfrage entschieden worden ist⁸⁷. Diese Ausprägungen der Bindungswirkung können sämtlich als "innerprozessuale Bindungswirkungen" bezeichnet werden⁸⁸, denn sie betreffen stets nur ein und denselben Rechtsstreit (Bindungswirkung *inter partes*), und sie sind in der Regel aus rechtspraktischen bzw. prozeßökonomischen Gründen gerechtfertigt oder zur Gewährleistung der Rechtssicherheit geboten.

b) Vorgaben zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung

Zu unterscheiden von der Bindung eines Gerichts an eine Entscheidung in einer konkreten Sache sind indirekte Vorkehrungen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (vgl. § 132 IV GVG), mit der divergierende Auffassungen der Bundesobergerichte zu denselben Rechtsfragen vermieden werden sollen, um so gleichsam auf dieser Ebene eine gewisse Einheitlichkeit und Bestandsfestigkeit der deutschen Rechtsprechung und damit Rechtssicherheit herzustellen⁸⁹. Im Rahmen der sogenannten Divergenzvorlage muß ein Landgericht bzw. eine Oberlandesgericht, das

Argumente zu stützen. Es dürfte in Wirklichkeit insoweit wohl in erster Linie um eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 565 ZPO gehen.

⁸⁴ Vgl. dazu *Jauernig*, MDR 1982, 286; *Zöller(-Gummer)*, a.a.O. (Fn. 27), § 519 b, Rn. 9; *MüKo ZPO(-Rimmelspacher)*, a.a.O. (Fn. 27), § 519 b, Rn. 13, s. abweichend aber auch OLG Frankfurt/M, NJW 1970, 715, *Schumann*, Die Berufung in Zivilsachen, 3. Aufl., 1985, Rn. 343.

⁸⁵ S. statt aller *MüKo ZPO(-Musielak)*, a.a.O. (Fn. 27), § 318, Rn. 3 ff. m.w.N.

⁸⁶ Dazu vgl. allgemein *Zöller(-Vollkommer)*, a.a.O. (Fn. 27), § 320, Rn. 29; das Problem, welche Bindungswirkung fehlerhafte Berichtigungsbeschlüsse haben, ist umstritten, s. dazu etwa BGHZ 20, 188, 190 ff.; BGH MDR 1993, 382; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 61 I 3 a; *MüKo ZPO (-Musielak)*, a.a.O. (Fn. 27), § 320, Rn. 18; *Stein/Jonas(-Leipold)*, a.a.O. (Fn. 72), § 320, Rn. 16.

⁸⁷ S. allgemein dazu *Kissel*, GVG-Kommentar, 2. Aufl., 1994, § 13, GVG, Rn. 20; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a.a.O. (vorige Fn.), § 14 IV 3 a; diskutiert wird dies im wesentlichen im Hinblick auf die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Verwaltungsaktes s. dazu aus der Rechtsprechung BGHZ 9, 329, 330 ff.; BGHZ 10, 220, 227; BGHZ 15, 17; ferner dazu *Baumbach/Lauterbach/Albers*, a.a.O. (Fn. 66), § 13 GVG, Rn. 16 m.w.N.

⁸⁸ Vgl. *Gursky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, 556 ff.; s. auch *Tsikrikas*, a.a.O. (Fn. 3), 128 ff.

⁸⁹ *S. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 1994, 566. Vgl. dazu ferner *Schulze-Osterloh*, ZGR 1995, 174 f.; *Basedow*, a.a.O. (Fn. 5), 664; *Canaris*, EuZW 1994, 417.

von einer Entscheidung eines (anderen) Oberlandesgerichts oder von einer Entscheidung des BGH abweichen will, die Sache dem BGH vorlegen (§ 541 I ZPO; § 28 II 1 FGG; § 79 II 1 GBO⁹⁰) oder die Revision zulassen (§ 546 I 2 Nr. 2 ZPO). Ähnliches gilt hinsichtlich der Einheitlichkeit der Rechtsprechung über die Rechtmäßigkeit von Justizverwaltungsakten nach § 29 I 2 EGGVG. Entsprechend muß ein Senat des BGH, wenn er von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will, die Sache dem Großen bzw. dem Vereinigten Großen Senat vorlegen (§ 132 II GVG)⁹¹.

2. Bindungswirkungen von Entscheidungen *erga omnes*

Im Hinblick auf die Beurteilung der hier interessierenden Fragestellung der Bindungswirkung der deutschen Zivilgerichte an Entscheidungen des EuGH nach Art. 177 EGV im Sinne einer eigenständigen, von den deutschen Richtern zwingend zu beachtenden Rechtsquelle ist es also von Interesse, in welchem Maße nach deutschem Zivilprozeßrecht Gerichtsentscheidungen überhaupt Bindungswirkung *erga omnes* entfalten können.

Das deutsche Recht kennt mit der Regelung des § 31 BVerfGG nur einen ausdrücklich geregelten Fall⁹², in dem eine Bindungswirkung einer Entscheidung *erga omnes* angeordnet ist⁹³. Nach dieser Vorschrift binden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. In bestimmten Fällen haben Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sogar Gesetzeskraft, § 31 II 1 BVerfGG⁹⁴.

Für die andere Fälle findet sich der Ausgangspunkt für eine Antwort auf die Frage, ob und in welchem Umfang im deutschen Zivilprozeßrecht der Richter an Urteile anderer Gerichte gebunden ist, in Art. 97 I des Grundgesetzes. Nach dieser Vorschrift ist der Richter, genauer: der einzelne mit einem konkreten Rechtsfall befaßte Richter, unabhängig⁹⁵. Daraus wird geschlossen, daß die sachliche Unabhängigkeit

⁹⁰ Zu diesen beiden Vorschriften s. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, 32 f.

⁹¹ Dazu s. *Hergenröder*, a.a.O. (vorige Fn.), 197 ff. Zu dem Ausgleich divergierender Entscheidungen in den oberen Gerichten s. bereits *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in den oberen Gerichtsbarkeiten, 1962 und *May*, DRiZ 1983, 305 (beide allerdings noch zu dem durch § 2 Nr. 12 des RechtspflegeVereinfG mit Wirkung vom 1. 1. 1992 aufgehobenen § 136 GVG, der aber im hier interessierenden entscheidenden Teil in § 138 II GVG jetziger Fassung eingegangen ist.).

⁹² Hinzuweisen ist freilich noch auf eine Spezialregelung aus dem Arbeitsrecht. Nach § 9 Tarifvertragsgesetz sind rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrag oder über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Tarifvertrages ergangen sind, in Rechtsstreitigkeiten zwischen tarifgebundenen Parteien sowie zwischen diesen und Dritten für Gerichte und Schiedsgerichte bindend.

⁹³ Allgemein und aus einer rechtsvergleichenden Perspektive zur Notwendigkeit der *erga-omnes*-Wirkung von verfassungsrechtlicher Rechtsprechung *Rubio Llorente*, in: Pizzorusso, (Hrsg.), *Law in the Making*, 1988, 156, 159 ff.

⁹⁴ S. dazu *Rennert* in: Umbach/Clemens, BVerfGG - Kommentar, 1992, § 31, Rn. 50 ff., insbes. 55 ff.

⁹⁵ Zur "inneren Unabhängigkeit" von Richtern, s. *Zweigert*, in: FS von Hippel, 1967, 711 ff.

des Richters grundsätzlich auch gegenüber Trägern der rechtsprechenden Gewalt besteht⁹⁶. Dabei ist es prinzipiell gleichgültig, ob es sich um das Verhältnis zu "gleichrangigen" Spruchkörpern handelt - also etwa der Herstellung einer einheitlichen Linie in der Rechtsprechung zu ein- und derselben Frage in einem Amtsgerichtes - oder um das Verhältnis zu "höherrangigen" Spruchkörpern. In letztere Gruppe gehören insbesondere die Bindung unterinstanzlicher Richter an die Rechtsprechung der Obergerichte. Diese Entscheidung findet sich auch in § 1 GVG wieder. Dort wird festgestellt, daß die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt wird⁹⁷.

Jeder Richter ist also grundsätzlich frei ist, nur an Gesetz und Recht gebunden, den jeweils ihm vorliegenden Rechtsstreit aufs Neue zu entscheiden und damit selbstverständlich auch frei, seine eigene Linie in der Rechtsauffassung zu verfolgen oder sie zu ändern. Aus dem Postulat der sachlichen Unabhängigkeit des Richters ist damit abzuleiten, daß der einzelne Richter - außerhalb der soeben genannten Ausnahmen - nicht daran gehindert ist, auch dann eine eigene Rechtsauffassung zu vertreten und seinen Entscheidungen zugrunde zu legen, wenn alle anderen Gerichte, auch die im Rechtszug übergeordneten, den gegenteiligen Standpunkt einnehmen⁹⁸. Vom Bundesverfassungsgericht wird diese Freiheit jedoch mit dem Vertrauensschutzargument eingeschränkt. Es bestätigt, daß die unteren Instanzen nicht gebunden sind, abweichende Auffassungen zu der Rechtsprechung übergeordneter, insbesondere der obersten Bundesgerichte, zu vertreten. Allerdings seien die Gerichte aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit gehindert, solche Meinungsverschiedenheiten zu Lasten des Bürgers auszutragen und es ihm zum Verschulden gereichen zu lassen, wenn er auf eindeutige Rechtsprechung einer der obersten Bundesgerichte vertraut⁹⁹. Richtig gesehen handelt es sich hier allerdings nicht um eine Einschränkung der Bindungsfreiheit des einzelnen Richters, sondern um die Hervorhebung einer die Richter betreffende Pflicht in der Verfahrensleitung, die ausdrücklich in den §§ 139, 278 III ZPO, vorge-

⁹⁶ Nunmehr die wohl herrschende Lehre vgl. *Maunz/Dürig/Herzog*, GG - Kommentar, 1977, Art. 97, Rn. 34; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG - Kommentar, 1996, Art. 97, Rn. 7 f.; *J. Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1986, 435, 437 f.; *ders.*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 60 f.; *MüKo ZPO(-M. Wolf)*, a.a.O. (Fn. 27), § 1 GVG, Rn. 25; *M. Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. Aufl., 1987, § 18 III; zur älteren Auffassung vgl. *Bettermann*, Grundrechte, Band III/2 (Rechtspflege und Grundrechte), 1972, 530 f.; 536. Das Bundesverfassungsgericht vertritt insoweit eine andere Auffassung, vgl. BVerfGE 12, 67, 71; BVerfGE 31, 137, 140; vgl. aber dagegen BVerfGE 17, 252; BVerfGE 31, 43, 45; BVerfGE 83, 216, 227 f.; BVerfGE 87, 273, 278.

⁹⁷ Der Begriff "nur dem Gesetz unterworfen" steht im Spannungsverhältnis zu der Begrifflichkeit des Art. 20 III GG ("Gesetz und Recht"); allgemein wird der engere Terminus des § 1 GVG im Sinne des Wortlauts des Art. 20 III GG verstanden, vgl. dazu ausführlich, *Kissel*, a.a.O. (Fn. 87), § 1, Rn. 110 ff. Vereinzelt wird allerdings die Freiheit des einzelnen Richters von der Rechtsprechung gerade aus dem Wortlaut des § 1 GVG gefolgert, s. etwa *Prahl*, DRiZ 1959, 52, 53.

⁹⁸ BVerfGE 87, 273, 278.

⁹⁹ BVerfG NJW 1993, 720.

sehen ist. Die Parteien sind nämlich auf eine neue Rechtsauffassung des Gerichts hinzuweisen, um so Überraschungsurteile zu vermeiden¹⁰⁰.

Eine Einschränkung der Freiheit des Richters gibt es allerdings in den Fällen, wo er ausnahmsweise an Entscheidungen bestimmter Behörden bzw. an Entscheidungen von Gerichten anderer Gerichtszweige gebunden ist. Der typische Fall ist, daß der Zivilrichter die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verwaltungsaktes bzw. über die Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln zu beachten hat¹⁰¹.

III. Die *erga omnes*-Bindungswirkung von Entscheidungen aufgrund allgemeiner Erwägungen

1. Vorteile einer Bindungsfreiheit

a) Die Bindungsfreiheit der Richter als Grundsatz des deutschen Zivilprozeßrechts

Die Frage nach der Bindung des Richters an bereits vorliegende Entscheidungen stellt sich stets in den Fällen, wo es fraglich ist, ob ein Richter trotz entgegengesetzter Auffassung die von den Obergerichten vorgegebene Auffassung anwenden muß. Wäre dem so, dann käme den Präjudizien ein normativer Gehalt zu. Eine strikte Bindungswirkung in dem Sinne, daß bei einem vergleichbaren Fall das Gericht zu einer anderen rechtlichen Wertung kommt, ohne daß das Urteil formal nur aus diesem Grund aufgehoben werden kann, gibt es auch nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechtsverständnisses nicht¹⁰². Der Richter darf nämlich grundsätzlich kein Ersatzgesetzgeber sein¹⁰³. Zwar kann er und teilweise muß er Recht "schaffen", wenn er eine Lücke im Gesetz¹⁰⁴ oder in einem privaten Regelwerk¹⁰⁵ gefunden hat, denn um mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sprechen: Der Richter hat nicht nur den Willen des Gesetzgebers auszusprechen, sondern dort wo dieser schweigt, muß er die verfassungsgemäßen Rechtswerte erkennen und auch willenhaft verwirklichen¹⁰⁶, andernfalls käme es zu einer "Rechtsverweigerungs-Lücke"¹⁰⁷. Doch ist diese "Schaffung von neuem Recht" nicht notwendigerweise für andere Ge-

¹⁰⁰ BGH MDR 1976, 379; BGH LM § 139, Nr. 3; MüKo ZPO(-Prütting), a.a.O. (Fn. 27), § 278, Rn. 22; Grunsky, JZ 1977, 201, 204; Hinz, NJW 1976, 1187.

¹⁰¹ Vgl. Kissel, a.a.O. (Fn. 87), § 13 GVG, Rn. 20; Zöller(-Gummer), a.a.O. (Fn. 27), § 13 GVG, Rn. 44 f.; BGHZ 1, 146, 148; BGHZ 17, 84, 85; BGHZ 20, 211, 217; BGHZ 48, 239, 243; BGH MDR 1993, 540.

¹⁰² So auch Picker, JZ 1988, 73, 74 ff.

¹⁰³ Vgl. Dütz, ZJP 87 (1974), 361, 403; Langenbucher, a.a.O. (Fn. 12), 27; anders wohl für Ausnahmefälle Hilger, 1. FS Larenz, 1973, 109, 112 ff.

¹⁰⁴ Grundlegend Canaris, Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983.

¹⁰⁵ Dazu eingehend Ehrlicke, RabelsZ 60 (1996), 661 ff.

¹⁰⁶ BVerfGE 34, 287; vgl. auch OLG Köln, MDR 1975, 489.

¹⁰⁷ Vgl. Canaris, a.a.O. (Fn. 104), 131 ff.; Schilken, JR 1984, 446, 449; Schumann, ZJP 81 (1965), 77, 93 ff.

richte bindend. So ist es beispielsweise denkbar, daß andere Richter die Auffassung gerade nicht teilen, es läge tatsächlich die in dem Judiz zugrundegelegte "Lücke" vor¹⁰⁸. Die in einem Präjudiz ausgesprochene Gesetzesauslegung, Normkonkretisierung oder richterliche Rechtsfortbildung mit dem geltenden Recht ist vielmehr einer ständigen Überprüfung ausgesetzt. Ein Richter, der mit derselben Rechtsfrage, die bereits etwa durch Rechtsfortbildung von einem anderen Gericht entschieden worden ist, hat selbständig und nach gewissenhaft gebildeter Überzeugung zu entscheiden, ob er das Präjudiz übernehmen will; er ist jedoch nicht im Sinne eines Anwendungsbefehls dazu verpflichtet¹⁰⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit betont, daß höchstrichterliche Urteile kein Gesetzesrecht seien und damit keine vergleichbare Rechtsbindung erzeugen. Von ihnen abzuweichen, verstoße grundsätzlich nicht gegen Art. 20 III GG. Ihr Geltungsanspruch über den Einzelfall hinaus beruhe allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe, sowie auf der Autorität und Kompetenz des Gerichts¹¹⁰.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Bindungsfreiheit von Rechtsprechung gibt es gleichwohl. Eine ständige Rechtsprechung kann nämlich gesetzesgleiche Verbindlichkeit erlangen, wenn sie Grundlage eines Gewohnheitsrechts wird¹¹¹. Die Voraussetzungen, die daran geknüpft werden, sind jedoch sehr hoch. Es genügt beispielsweise keineswegs schon eine (erhebliche) Zeitspanne, in der sich die Rechtsprechung als konstant erweist, sondern die Rechtsprechung erlangt erst dadurch als Gewohnheitsrecht Geltung, indem sie eine allgemeine Rechtsüberzeugung darstellt, die sich in einer konstanten Übung manifestiert¹¹². Auch reicht es nicht, daß eine bestimmte Rechtsprechung widerspruchsfrei oder jedenfalls nahezu widerspruchsfrei hingenommen wird. Es muß sich, wie *Larenz* es treffend ausgedrückt hat, um eine "Rechtsüberzeugung" handeln, die über die Erwartung hinausgeht, daß die Gerichte nach der entsprechenden Maxime verfahren werden, also in der Überzeugung bestehen, daß die Gerichte dies gerade deshalb tun werden, weil es sich um eine bindende Norm handelt¹¹³. Die Rechtsprechung zur c.i.c. und p.V.V. sind typische Beispiele einer

¹⁰⁸ Die Verneinung einer Regelungslücke an Stellen, wo andere eine solche sehen, ist in der Praxis relevant. Ein gutes Beispiel dafür ist die Rechtsprechung zum qualifizierten faktischen Konzern, wo vom BGH unter Zustimmung eines Großteils der Lehre eine Regelungslücke in der Haftung eines herrschenden Unternehmens in einem faktischen GmbH-Konzern annimmt; auf der anderen Seite aber die Existenz dieser Lücke - und damit auch die Berechtigung der entsprechenden Lehre vom qualifizierten faktischen Konzern - bestritten wird. Zu den methodischen Problemen s. eingehend *Ehricke*, Das abhängige Unternehmen in der Insolvenz, Habil.Schrift Berlin (Humboldt-Universität) 1997, § 1 und 5; ganz allgemein zu diesem Problem v. *Becker*, Methodologische Probleme des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns, 1994.

¹⁰⁹ Zu den Kriterien für die Abweichung von höchstrichterlicher Rechtsprechung s. *Langenbucher*, a.a.O. (Fn. 12), 126 ff.

¹¹⁰ BVerfG JZ 1992, 48, 48 ff. Zur Bindung des Richters an rechtliche Argumente in der deutschen Methodenlehre s. *Langenbucher*, a.a.O. (Fn. 12), 22 ff.

¹¹¹ S. *Seifert*, Argumentation und Präjudiz, 1996, 37 ff.; *Ziegler*, a.a.O. (Fn. 80), 72 ff., jeweils m.w.N.; eher skeptisch dagegen *Raisch*, ZHR 150 (1986), 117, 137.

¹¹² *Larenz*, a.a.O. (Fn. 80), 433.

¹¹³ *Larenz*, a.a.O. (Fn. 80), 433.

Verfestigung von rechtlicher Auffassung zu einem quasi-positiven Gewohnheitsrecht¹¹⁴. Ein anderes Beispiel ist die Rechtsprechung zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen in der GmbH, die dann im Rahmen der GmbH-Reform 1980 vom Gesetzgeber als bindendes Recht umgesetzt worden ist¹¹⁵. Dagegen ist beispielsweise die ständige Rechtsprechung der Obergerichte zum sogenannten qualifizierten faktischen Konzern¹¹⁶, also die analoge Anwendung der Regeln zum AG-Konzern auf bestimmte Formen der GmbH-Konzerne, trotz einer entsprechenden wiederholten und wohl auch von den Oberlandesgerichten geteilten Rechtsprechung des BGH noch nicht etwa gewohnheitsrechtlich verankert. Der Grund dafür liegt bei diesem Beispiel gerade darin, daß diese Judikatur in den betroffenen Kreisen nicht widerspruchsfrei hingenommen wird, sondern erheblicher Kritik seitens der Praxis und der Literatur an den Ansätzen der Rechtsprechung ausgesetzt ist¹¹⁷. Das bedeutet also, daß bei der Gestaltung eines neuen Rechtsinstituts und deren Anwendung die Bindungswirkung der Gerichte in Wirklichkeit nicht auf der Vorstellung präjudizieller Bindung von Urteilen beruht, sondern darauf, daß sich die Rechtsauffassungen der Gerichte - mögen diese im einzelnen auch aufgrund einer faktischen Bindungswirkung zustande gekommen sein - zu Gewohnheitsrecht verfestigt haben¹¹⁸. Und nur dieses Gewohnheitsrecht bindet die Gerichte.

b) Gründe für eine Bindungsfreiheit

Für eine Freiheit des Richters bei der Befolgung von Präjudizien spricht hauptsächlich, daß die Rechtsprechung unter diesen Voraussetzungen tendenziell innovationsfreundlicher¹¹⁹ und flexibler ist, weil die Richter unter Abweichung bzw. Fortentwicklung früherer Ansichten anderer Gerichte schnell auf neue Probleme reagieren können. Die Arbeit des Richters besteht nämlich nicht in der Hauptsache in der Aus-

¹¹⁴ S. dazu mit vielen Nachweisen *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 3. Aufl., 1994, vor § 275. Rn. 50 ff. (c.i.c.) und 220 ff. (p.V.V.).

¹¹⁵ Die ständige Rechtsprechung vor der Novelle begann mit dem grundlegenden Urteil in BGHZ 31, 258, 271 ff., bestätigt u.a. durch BGHZ 67, 171, 174 ff.; BGHZ 75, 334, 336 ff.; BGHZ 81, 311, 314 ff. zu der Rechtsprechung vor der Novelle vgl. statt aller *K. Schmidt*, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG - Kommentar, Band I, 8. Aufl., 1993, §§ 32 a/b, Rn. 11 und *G. Hueck* in: Baumbach/Hueck, GmbHG-Kommentar, 16. Aufl., 1996, § 32 a, Rn. 4 f.

¹¹⁶ Gut dokumentierte Überblicke zu den einzelnen Positionen finden sich bei *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 5. Aufl., 1993, 389 ff., 445 ff.; *Ulmer*, in: Hachenburg, Großkommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Aufl., 1993, Anh. § 77, Rn. 97 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, 1220 ff.

¹¹⁷ S. etwa *Altmeppen*, Abschied vom "qualifiziert faktischen GmbH-Konzern", 1991; *Gäbelein*, GmbHR 1988, 384 ff.; *ders.*, GmbHR 1992, 221; *Heinsius*, AG 1989, 99; *J. Lehmann*, in: FS Beusch, 1993, 479 ff.; *Kirchner*, Managementforschung 7 (1997), 271 ff.; *Ehricke*, a.a.O. (Fn. 108), § 5

¹¹⁸ Für das Gemeinschaftsrecht hat *Börner* den fast schon klassischen Satz aufgestellt, daß die Rechtsfortbildung dort ihre Grenzen habe, wo die Akzeptanz nicht mehr vorhanden sei, in: FS Kegel, 1987, 57, 74; skeptisch dazu *Dänzer-Vanotti*, a.a.O. (Fn. 5), 209 ff.

¹¹⁹ Zur problematischen Bedeutung des Begriffes der "Innovation" s. *Kirchner*, Rechtliche "Innovationssteuerung" und ökonomische Theorie des Rechts, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Recht der Innovation, 1997 (im Erscheinen). In diesem Zusammenhang soll "Innovation" allerdings dem allgemeinen (unreflektierten) Sprachgebrauch entsprechend als positive Fortentwicklung verstanden werden.

legung präexistenter Rechtssätze, sondern in dem Entscheidungszwang des Einzelfalls. Mit *J. Ipsen* kann man in Abwandlung einer *Luhmann'schen* Erkenntnis sagen, daß ein System, das die Entscheidbarkeit aller Rechtsfragen garantiert, nicht zugleich die rechtliche Determination aller Entscheidungen gewährleisten kann¹²⁰. Wenn diese These jedoch richtig ist, dann bedarf es der Ungebundenheit der Richter an Präjudizien, um in seinem Entscheidungszwang weiterhin auf die Besonderheiten des Einzelfalls eingehen zu können. Insbesondere sind sie so offen für eine lang bewährte Übung im deutschen Recht, daß Urteile im Kontext einer Diskussion von Rechtsprechung, Lehre und Praxis entstehen. Gerade dies ist nämlich der Garant, daß insbesondere neue Ansätze und Erkenntnisse der Wissenschaft und die Bedürfnisse der Praxis auf allen Ebenen in die Rechtsprechung und somit in das Rechtsleben Einzug halten können. Das heißt anders ausgedrückt: Mit der Bindungswirkung könnte die von der Rechtsprechung mittelbar betroffene Öffentlichkeit immer nur auf die rechtlichen Erkenntnisse reagieren im Sinne einer Orientierung ihrer Verhaltensmuster an der Rechtsprechung. Sie können dagegen praktisch aber keine Rückmeldung geben, ob die durch die Rechtsprechung angestrebten Verhaltensgrundsätze sich in der Praxis bewähren, oder ob es möglicherweise eine bessere Alternativlösung zu der aktuellen Sichtweise der Rechtsprechung gibt. Die relative Starrheit der Rechtsprechung, führt zu einem System der Streitleistung, das zu wenig effizient und beweglich ist und sich deshalb insgesamt gesehen ökonomisch nachteilig auswirkt¹²¹.

Ein weiterer Grund, der hinter der Vorstellung steht, daß Richter nicht an Präjudizien gebunden sein dürfen, ergibt sich ferner aus dem Prinzip der Gewaltenteilung. Ausfluß dieses Prinzips ist die Auffassung, daß Regeln, die jedermanns Verhalten direkt oder indirekt steuern, und damit etwas anders sind als ein Vertrag, nur von denjenigen gemacht und in Kraft gesetzt werden können, die gleichsam stellvertretend für alle Regelungsadressaten handeln, also verfassungsrechtlich ausgedrückt: demokratisch legitimiert sind. Das trifft auf Richter, die nicht vom Volk bestimmt werden, gerade nicht zu. Die wesentlichen Wurzeln in der Forderung nach strikter Trennung der Gewalten ist in der Folge der französischen Revolution festzumachen. Die Überlegung war, daß in dem Fall, in welchem es kodifizierte Gesetzbücher gibt, der Richter als "*la bouche qui prononce la parole de la loi*" fungiert¹²². Aus dieser Sichtweise heraus besteht also gar kein Bedarf für eine Verbindlichkeit einer früheren Entscheidung. Ganz typisch ist daher die Vorschrift des Art. 5 CCiv., einer Ent-

¹²⁰ *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 53; *ders.*, in: Achterberg (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 96), 435, unter Bezugnahme auf Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, 21.

¹²¹ *Gottwald*, in: FS Fasching, 1988, 181 ff. insbes. 184 ff.; *Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, 1994, 309 ff.; allgemein dazu *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981.

¹²² *Montesquieu*, XI. Buch, Kap. VI (Truc., Band I, 171); skeptisch dazu *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 200.

scheidung über den Fall hinaus eine Bedeutung zuzumessen¹²³: "*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*".

Auch in der deutschen Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts sind die Gesetze zentrale Bedingung richterlichen Handelns geworden¹²⁴. Diese ausschließliche Bindung an das Gesetz schließt die allgemeine (strikte) Bindung des Richters an Präjudizien aus. Daher ist seit der Jahrhundertwende die deutsche Rechtstheorie in erster Linie von der Polarität von gesetzlicher Norm und richterlichem Urteil geprägt¹²⁵. Vor diesem Hintergrund wird von einem Teil der Lehre die Verbindlichkeit richterlicher Entscheidungen für künftige Fälle abgelehnt¹²⁶. Der Richter ist nicht an das Präjudiz, sondern an die ausgelegte Norm selbst gebunden. Sie sind deshalb zur Abweichung von Vorentscheidungen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, wenn sie zu der Überzeugung gelangen, daß das vorhergehende Urteil von einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes oder einer nicht hinreichend begründeten Gesetzesfortbildung ausgeht¹²⁷. Vorausgegangene Entscheidungen bieten dem Richter nur eine "Vergleichskulisse", ein "Entscheidungsmuster" für die individuelle Fallbehandlung¹²⁸. Ihnen kommt aber außerhalb des pflichtgemäßen, allein von Richtigkeitserwägungen getragenen Gesetzesverständnisses des einzelnen Richters kein Normgehalt zu¹²⁹. Trotz ihrer Anerkennung als Rechtserkenntnisquelle wird ihnen deshalb zu Recht die Außenwirkung auf den Rechtsverkehr abgesprochen, die sie zu einer Rechtsquelle machen würde¹³⁰. Höchststrichterliche Entscheidungen haben daher nurmehr einen Indizwert für einen gesamtgesellschaftlichen Konsens in bezug auf die dort ausgesprochenen Wertungen¹³¹. Andernfalls könnte es im extremsten Fall dazu kommen, daß durch die Bindung der Gerichte an Präjudizien das Gesetz offen mißachtet und

¹²³ Vgl. *Atias*, JCP 1984, I, Nr. 3145; *Sinay*, Dalloz 1958, chr. 85. Ausführlich dazu in deutscher Sprache *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band I/1, 2. Aufl., Rn. 1 B 47 ff.

¹²⁴ Vgl. allgemein *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986, insbes. 39 ff., 61 ff., 170 ff. und 283 ff.

¹²⁵ *Hassemer*, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 4. Aufl., 1984, 193; zur funktionellen Aufteilung zwischen Gesetzgeber und Richter bei der Gestaltung der Rechtsordnung s. *Hergenröder*, a.a.O. (Fn. 90), 197 ff.; zum Verhältnis von Gesetzgeber und Richter, vgl. auch *Raiser*, Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1986, 636 ff.

¹²⁶ S. *Larenz*, in: FS Schima, 1969, 247, 249; *ders.*, a.a.O. (Fn. 80), 429; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, 186; vgl. auch *Raisch*, ZHR 150 (1986), 117, 120 ff. Sowohl *Beckmann*, a.a.O. (Fn. 28), 104 ff. und *Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 3), 187, weisen darauf hin, daß eine *erga-omnes*-Wirkung von Gerichtsurteilen gegen kontinentale Rechtstradition verstoßen.

¹²⁷ *Larenz*, a.a.O. (Fn. 80), 430; *U. Wolf*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, 9, 16; vgl. aber *Esser*, a.a.O. (vorige Fn.), 186.

¹²⁸ *Esser*, a.a.O. (Fn. 126), 185.

¹²⁹ *Esser*, in: FS v. Hippel, 1967, 95, 113 ff.; *Larenz*, a.a.O. (Fn. 80), 482; *U. Wolf*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, 9, 17.

¹³⁰ Anders hingegen *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, 45 ff.; *Gschnitzer*, in: FS 100 Jahre OGH, 1950, 40; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1974, 137 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 124), 95; für bestimmte Ausnahmefälle auch *Bydlinski*, JZ 1985, 151 ff. und *ders.*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1992, 501 ff.

¹³¹ So *U. Wolf*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1994, 9, 17.

ausgehebelt werden könnte und so dessen Funktion als Garant für die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit unterhöhlt würde¹³².

2. Zur Bindung an Präjudizien im deutschen Zivilprozeßrecht

Aus im einzelnen sehr unterschiedlichen Gründen, die sich jedoch im wesentlichen alle auf die trotz fehlender formaler Bindung an Präjudizien bestehende Bedeutung ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung für die Rechtsentwicklung im allgemeinen stützen, wird dennoch gemeint, Präjudizien hätten auch im deutschen Recht die Funktion einer Rechtsquelle im Sinne von allseitig bindenden - gewohnheitsrechtlichen - Normen¹³³. Es ist sogar behauptet worden, richterliche Entscheidungen seien überhaupt die eigentlichen Rechtsnormen, während das Gesetz bloßes Programm sei¹³⁴, oder es wird bezweifelt, daß das Gesetz für richterliche Entscheidungen überhaupt eine Bedeutung hätte¹³⁵. All diesen Auffassungen ist entgegenzuhalten, daß sie die klare Grenze zwischen richterlichen Können - das zweifelsfrei von bestimmten Erwägungen getragen wird, die zu einer faktischen Bindungswirkung führen¹³⁶ - und richterlichem Müssen verwischen. Bei der Frage nach der Bindungswirkung von Urteilen geht es nämlich nicht um die (vielen) einfachen Fälle, in denen sich Richter - aus Überzeugung oder aus anderen Gründen - einer höhergerichtlichen Rechtsprechung anschließen, sondern um den speziellen Ausnahmefall, wo sich ein Gericht einer solchen Rechtsprechung gerade nicht anschließen will. Die Lösung eines solchen Falles einfach damit zu begründen, das abweichende Gericht müßte sich dem Präjudiz deshalb fügen, weil sich die anderen Gerichte auch dem Präjudiz fügen bzw. in anderen Fällen Gerichte auch den Präjudizien zu folgen pflegen, ist letztlich schlicht zirkulär und greift damit zu kurz.

Einer der wesentlichen Gründe, der einer völligen Ungebundenheit der Richter entgegensteht und damit für eine Bindung von Präjudizien streitet, ist, daß eine nahezu unbeschränkte Entscheidungsfreiheit der Richter schnell in ein Spannungsverhältnis mit dem als Ausfluß aus dem Rechtsstaatsprinzip zu verstehenden Rechtssicherheits-

¹³² Überzeugend *Germann*, a.a.O. (Fn. 130), 43; vgl. auch *Larenz*, a.a.O. (Fn. 126), 252 f.; vgl. auch *Raisch*, ZHR 150 (1986), 117, 135 ff.

¹³³ Derzeit der wohl entschiedenste Verfechter einer solchen Ansicht ist *Fikentscher*, Methoden des Rechts, III, 1976, 319 f., dessen Auffassung über die Bindungswirkung von Präjudizien aber in den Gesamttext seiner Theorie von der "Fallnorm" eingordnet werden muß und daher nicht ohne weiteres in diese Diskussion einfließen kann. Zur Kritik an der Lehre *Fikentschers* s. auch *Larenz*, a.a.O. (Fn. 80), 430 f. und *Bydlinski*, a.a.O. (Fn. 130), 502 f.; für eine Bindungswirkung von Rechtsprechung auch *Gschnitzer*, a.a.O. (Fn. 130), 40.

¹³⁴ *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, 39 ff., insbes. 56 ff (theoretische Herleitung) und 161 ff. (praktische Herleitung).

¹³⁵ *Rottleutner*, Richterliches Handeln, 1973, 152, Anm. 116.

¹³⁶ Dazu sofort unten.

gedanken gerät¹³⁷. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und das Prinzip der Rechtssicherheit fordern nämlich, daß gerichtliche Entscheidungen vermieden werden, die einander widersprechen. Das könnte effektiv gerade dadurch gewährleistet werden, wenn die Richter bei ihrer konkreten Entscheidung an Präjudizien bzw. an andere Entscheidungen gebunden wären. Ein Verlust an Rechtssicherheit könnten ansonsten dazu führen, daß der Zivilprozeß als Streitschlichtungsmechanismus unter Privaten in dem Moment einen ganz wesentlichen Teil seiner Bedeutung verlöre, wenn das Resultat des Prozesses nicht mehr vorhersehbar ist. Dann ist das Risiko, den Prozeß zu verlieren kaum mehr kalkulierbar und damit ist eine Prognose schwer zu treffen, ob es günstiger ist, es auf einen Rechtsstreit ankommen zu lassen oder - verbunden mit ökonomischen Einbußen - den entstandenen Streit auf sich beruhen zu lassen. In der Wirtschaftspraxis hätte dies zumindest drei Folgen: Zum einen würde sich die Art der Verträge ändern, in der Form, daß - wie bei Verträgen mit US-amerikanischen Partnern üblicherweise anzutreffen - versucht wird, jede Eventualität zu regeln. Das würde die Kosten bei Vertragsschluß stark erhöhen. Zum zweiten würde die weitgehende Vorhersehbarkeit von Entscheidungen auf eine Versicherungslösung abgewälzt werden, weil Rechtsstreitigkeiten dann praktisch nur noch führbar sind, wenn das Risiko des Unterliegens in einem Rechtsstreit versichert wird. Da aber auch die Versicherungen mit der Unvorhersehbarkeit des Ergebnisses ein größeres Risiko zu bewältigen haben, würde sich dies auf die Versicherungskosten auswirken und die damit letztlich allgemein den Preis der Rechtsverfolgung erhöhen. Drittens wäre zu erwarten, daß sich die Parteien, soweit es geht, andere Streitschlichtungsmethoden suchen, die eventuell sogar dem staatlichen Zugriff entzogen sind¹³⁸. Damit wird deutlich, daß die Bindungswirkung im Hinblick auf die Prozeßökonomie von Bedeutung ist. Wenn eine Partei ein für sie ungünstiges Urteil erhält, kann sie in dem Fall, in welchem sie davon ausgehen kann, das die nächste Instanz sich an seine Rechtsprechungslinie halten wird oder der Rechtsprechung der Obergerichte folgt, ihre Erfolgsaussichten abschätzen und von Rechtsmitteln möglicherweise absehen. Das führt dazu, daß die Prozeßflut eingedämmt werden kann. Andersherum würde eine völlige Freiheit der Richter jede unterlegene Partei sofort Rechtsmittel ergreifen lassen, um in der nächsten Instanz ein für sie günstigeres Urteil zu erhalten.

Für eine strikte Bindungswirkung höchstrichterlicher Urteile wird zudem ins Feld geführt, daß damit ein effizientes duales Normensystem aufgebaut werden könne. Während die Gesetze Regelungen auf einem hohen Abstraktionsniveau und mit einer

¹³⁷ Vgl. MüKo ZPO(-M. Wolf), a.a.O. (Fn. 27), § 1 GVG, Rn. 25; Maunz/Dürig/Herzog, a.a.O. (Fn. 96), Art. 97, Rn. 36.

¹³⁸ Zu denken ist zum einen an die vermehrte Tätigkeit von Schiedsgerichten, deren Bedeutung insbesondere im internationalen Wirtschaftsverkehr stark zunimmt (vgl. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl., 1995, Einleitung, Kapitel 1, Rn. 1 ff., insbesondere 7 ff.) Zum anderen kommt mittlerweile auch verstärkt die Streitschlichtungsform der Mediation als "privates" Streitschlichtungsinstrument in Betracht (vgl. dazu allgemein Breidenbach, Mediation, 1993).

großen Reichweite etablieren, könne mit der Rechtsprechung eine "Feinabstimmung" gelingen, mit der eine punktuelle, sich von Fall zu Fall vorantastende, gleichsam also gleitende Entwicklung in einen Regelungscharakter mit generellem Charakter vorgekommen würde. So werde erreicht, daß die relativ starre, und in der Regel nur schwer änderbare Gesetzgebung ergänzt wird um ein flexibleres Mittel, mit dem der rasche Wandel des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens aufgenommen werden könne¹³⁹. Dem ist bei näherem Hinsehen indes nicht zuzustimmen, denn mit der Bindungswirkung einer an sich auf flexible Regelungsgestaltung ausgerichteten Rechtsprechung, erlangt diese genau den Nachteil, den man beim Gesetzesrecht bemängelt, nämlich eine gewisse Starrheit und Unveränderbarkeit der Regeln. Das bedeutet, daß der soeben genannte Vorteil der Flexibilität nur dann zum Tragen kommt, wenn die Rechtsprechung ihrerseits sich wieder an Modernisierungen anpassen kann.

Schließlich wird gegen eine Unabhängigkeit der Zivilgerichte von Präjudizien im deutschen Recht gelegentlich auch der Einwand erhoben, daß es immerhin die Pflicht von Anwälten und Notaren sei, richterliche Entscheidungen, auch wenn sie erstmalig eine Rechtsfrage behandeln, zu beachten und sich widrigenfalls haftpflichtig zu machen¹⁴⁰. Daher seien auch die Gerichte als Organe der Rechtspflege dazu verpflichtet, sich grundsätzlich an Vorentscheidungen anderer Gerichte zu halten. Darüber hinaus sei die Bindungswirkung über § 839 BGB dadurch verankert, daß bei schuldhafter Mißachtung höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Beamte Schadensersatz Ansprüche geltend gemacht werden können¹⁴¹.

Beide Hinweise vermögen jedoch eine strikte Bindungswirkung nicht zu untermauern. Zum einen läßt sich aus der möglicherweise tatsächlich bestehenden und durch eine Schadensersatzpflicht bewehrten Bindungswirkung bestimmter außerhalb der Gerichte stehender Personen gerade kein Rückschluß auf die Bindungswirkung von Präjudizien auf Richter folgern, denn die Richter sind aufgrund ihrer besonderen und durch das Grundgesetz ausdrücklich abgesicherten Stellung, gerade nicht mit allen anderen Personen bzw. Gruppen zu vergleichen. Darüber hinaus greift auch die Prämisse, es bestünde hinsichtlich Rechtsanwälten und Notaren bzw. Beamten eine strikte Bindungswirkung in vielen Fällen zu kurz. Bei Anwälten und Notaren ist es richtig, daß es eine Pflichtverletzung darstellen kann, wenn diese eine ständige Rechtsprechung übersehen und nicht in ihre Erwägungen miteinbeziehen¹⁴². Das bedeutet aber noch lange nicht, daß sie sich dieser notwendigerweise auch anschlie-

¹³⁹ *Raiser*, in: *Achterberg* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 125), 638.

¹⁴⁰ *V. Caemmerer*, *Gesammelte Schriften* III, 1968, 137, 157.

¹⁴¹ Vgl. z.B. BGH, WPM 1963, 1104; BGHZ 30, 19, 22; BGHZ 36, 144, 149; BGH NJW 1979, 2097; BGH NJW 1982, 2813; *E. Schneider*, MDR 1971, 705 ff.; *Glaser*, in: *Soergel* (Hrsg.), *Kommentar zum BGB*, 11. Aufl., 1995), § 839, Rn. 171, 198.

¹⁴² *S. Vollkommer*, *Anwaltshaftungsrecht*, 1989, Rn. 146; *Borgmann/Haug*, *Anwaltshaftungsrecht*, 3. Aufl., 1995, § 19, Rn. 59 ff., insbes. 63; zur ständigen Interaktion zwischen Kautelarjurisprudenz und (geändeter) höchstrichterlicher Rechtsprechung vgl. *Rehbinder*, in: *FS Stimpel*, 1985, 47, 54 ff.

Ben müssen¹⁴³. Gerade das Gegenteil ist der Fall und prinzipiell auch erwünscht: Es ist nämlich eine (wichtige) Aufgabe der Anwälte und Notare, durch ihre von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichenden Argumente die Gerichte immer wieder zum Überdenken ihrer eigenen Positionen zu veranlassen. Entscheidend ist nur, daß einem Rechtsanwalt jedenfalls nicht deshalb ein Verschulden vorzuwerfen ist, wenn er vom Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung ausgeht¹⁴⁴.

Für Beamte besteht zwar grundsätzlich eine Pflicht, sich in ihrem Handeln an der (ständigen) Rechtsprechung zu orientieren; der Grund dafür liegt in der Rechtssicherheit, die von Verwaltungshandeln ausgeht. Sie dürfen aus triftigen, wohlbegründeten Erwägungen aber sehr wohl auch von höchstrichterlicher Rechtsprechung abweichen¹⁴⁵. Eine - in ihrer besonderen Funktion begründete - Ausnahme gilt für die Staatsanwaltschaft, die sich über höchstrichterliche Rechtsprechung nicht hinwegsetzen kann¹⁴⁶. Das pflichtgemäße Ermessen von Beamten besteht deshalb bei genauerem Hinsehen grundsätzlich nicht in der "Vergötzung der Präjudizien"¹⁴⁷, sondern in der - durchaus auch kritischen - Einbeziehung und Beachtung der Rechtsprechung der Obergerichte. Für Gerichte gilt aber gerade dieses Argument wegen § 839 II BGB nur dann, wenn die Abweichung von einer Rechtsprechung des EuGH gleichzeitig einen Straftatbestand darstellt. Etwas anderes gilt nur dort, wo das Richter-spruchprivileg des § 839 II BGB nicht eingreift, etwa in Arrestsachen, wenn eine Entscheidung als Beschluß ergeht¹⁴⁸.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß den Vorteilen einer Gebundenheit der Richter an die Rechtsprechung als "Quasi-Gesetzesrecht" erhebliche Nachteile entgegenstehen. Bei der Abwägung der Interessen ist jedoch aus der Perspektive des Systems des deutschen (Zivil-)Prozeßrechts eine Pflicht der Richter, sich an Urteile über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinaus zu binden, abzulehnen. Dabei hat die grundsätzliche Freiheit des Richters auch seinen Preis. Das Bundesverfassungsgericht hat es einmal so ausgedrückt, daß die Rechtspflege wegen der Unabhängigkeit der Rich-

¹⁴³ Ebenso *Borgmann/Haug*, a.a.O. (vorige Fn.), § 19, Rn. 64.

¹⁴⁴ BGH, NJW 1993, 3323, 3324 ff.; BGH NJW 1993, 2045, 2046 - dazu *Borgmann/Haug*, a.a.O. (Fn. 142), § 19, Rn. 54. Anders, nämlich sehr viel strenger, noch die ältere Rechtsprechung, vgl. BGH MDR 1958, 496; BGH, VersR 1960, 209; s. auch *Müller*, JR 1969, 161.

¹⁴⁵ S. *Ossenbühl*, AöR 92 (1967), 478, 491; *ders.* Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, 44 f.: Ein Beamter darf höchstrichterliche Rechtsprechung nicht ignorieren, muß sich damit auseinandersetzen, sie berücksichtigen, doch nicht notwendigerweise befolgen, sondern er kann aus triftigen Gründen von ihr abweichen.

¹⁴⁶ S. BGH St 15, 155, 158; *Kohlhaas*, DRiZ 1964, 286; *Sarstedt*, NJW 1964, 1752; *Kröpil*, JA 1985, 30.

¹⁴⁷ So *Holstein*, JW 1938, 1430, 1430 f.; *Weber*, DRiZ 1959, 211 in Entgegnung zu *Prahl*, DRiZ 1959, 52, 53; *Soergel(-Glaser)*, § 839, Rn. 198.

¹⁴⁸ Vgl. BGHZ 10, 55, 60.

ter konstitutionell uneinheitlich sei¹⁴⁹ und deshalb auch nicht zum theoretisch günstigsten Preis zu kommen ist. Gleichwohl läßt sich unter Beachtung der angeführten Aspekte zwischen den Angelpunkten von Rechtssicherheit, Prozeßökonomie und der sachlichen Unabhängigkeit der Richter ein Ausgleich schaffen.

Es ist daher die grundlegende Feststellung zu treffen, daß aufgrund der fehlenden Bindungswirkung von Urteilen im deutschen Recht Richterrecht daher grundsätzlich keine Rechtsquelle sein kann¹⁵⁰. Anders gewendet: "Die Feststellungen des gleichen oder eines anderen Gerichts in früheren Urteilen über die Geltung eines bestimmten Rechtssatzes sind - jedenfalls in unserem Rechtskreis - nur Vorbild, nicht aber Vorschrift"¹⁵¹. Für die Bindung des deutschen Zivilrichters an die Urteile des EuGH folgt daher, daß sich aus den für den deutschen Zivilrichter einschlägigen prozeßrechtlichen Vorstellungen des deutschen Rechts keine Verpflichtung ergibt, den Urteilen des EuGH zu folgen.

4. Faktische (Selbst-)Bindung des deutschen Zivilrichters

Trotz der Feststellung, daß sowohl von der gesetzlichen Anlage her als auch von einer theoretischen Betrachtung von einer grundsätzlichen Ungebundenheit des Richters im deutschen (Zivil)Verfahrensrecht ausgegangen werden kann, darf gleichwohl nicht übersehen werden, daß es eine nicht zu unterschätzende faktische Bindungswirkung gibt. Diese hat auch ohne Verankerung im Gesetz eine erheblich Bedeutung in der Rechtsentwicklung.

Die Existenz einer faktischen Bindungswirkung von Urteilen hat verschiedene Ursachen. So finden sich Gründe dafür zum einen in der Prozeßökonomie. Das hohe Aufkommen an Streitfällen, die ein Gericht zu bewältigen hat, läßt sich durch eine pauschalisierte Rechtsanwendung, also durch eine freiwillige Bindung an die Urteile der Gerichte höherer Instanzen, leichter bewältigen, weil sich insoweit der Arbeitsaufwand reduzieren läßt. Wer nämlich eine Abweichung von der vorausgegangenen Entscheidung vorschlägt und einen Bruch mit einer gefestigten judiziellen Tradition herbeiführt, muß die Last der Argumentation auf sich nehmen, während derjenige, der die Tradition übernimmt, diese Tradition selbst als Argument bringen kann¹⁵². Ferner ziehen Richter an untergeordneten Gerichten nicht selten in ihr Entschei-

¹⁴⁹ BVerfGE 87, 273, 278; BVerfGE 78, 123, 126.

¹⁵⁰ Anders allerdings *Fikentscher*, in: Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Privatrecht, hrsg. von Blaurock, 1985, 11, 18, der meint, eine Präjudizienverbindlichkeit überließe dem Richter nur dann die volle Entscheidungsfreiheit, solange er sich einer Auslegung innerhalb der Wortlautgrenze bediene. Sie binde ihn an Präjudizien, wenn die Auslegung auf Analogie und Rechtsfortbildung zurückgreife. S. auch *Bydlinski*, a.a.O. (Fn. 130), 507 ff.; v. *Caemmerer*, a.a.O. (Fn. 140), 156.

¹⁵¹ *Röhl*, a.a.O. (Fn. 89), 565.

¹⁵² *Ornù*, ZRP 1989, 441, 443

dungskalkül ein, daß dann, wenn sie einer Partei entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung Recht geben, diese die so erworbene Position mit großer Wahrscheinlichkeit in der nächsten Instanz wieder verliert und am Ende mit höheren Kosten belastet ist¹⁵³. Des weiteren zeigt ein Blick in die Praxis, daß auch sehr persönliche Gründe von Richtern eine entscheidende Rolle für die "freiwillige" Selbstbindung an Präjudizien spielen kann. Denn für das dienstliche Fortkommen eines Richters spielen seine dienstlichen Beurteilungen die entscheidende Rolle. Diese wiederum werden oft daraufhin überprüft, ob öfters Entscheidungen des bestimmten Richters von der nächsten Instanz aufgehoben worden sind. Im Hinblick darauf werden deshalb viele Richter ihre eigene Rechtsprechung an der der Obergerichte ausrichten¹⁵⁴. Es ist vereinzelt sogar auch feststellbar, daß eine faktische Bindungswirkung von den Obergerichten selbständig initiiert wird, um die über den Einzelfall hinausgehende Verbindlichkeit einer bestimmten Rechtsprechung selbst wieder zu legitimieren. Ein bekanntes Beispiel dafür sind die Urteile des Großen Senats vom 4. 10. 1982¹⁵⁵ und des V. Senats des BGH vom 25. 3. 1983¹⁵⁶, in denen die Richter die Auffassung vertraten, daß bei der Auslegung älterer Gesetzesbestimmungen, die im Laufe der Zeit durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt seien, die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Vordergrund treten und im allgemeinen ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung angebracht sei¹⁵⁷.

In einer Gesamtschau lassen sich die wesentlichen Gründe, die in der Praxis dazu führen, daß sich Gerichte letztlich in vielen Fällen doch an Präjudizien binden bzw. sich an einer gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung orientieren, wie folgt zusammenfassen¹⁵⁸:

- das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, insbesondere durch eine bessere Voraussehbarkeit der Entscheidungen
- Senkung der Kosten; zum einen für die Justiz, weil weniger Streitfälle aufgrund divergierender Ergebnisse noch einmal verhandelt werden müssen bzw. weil durch die Reduzierung der Komplexität des Arbeits (Argumentations-)Aufwand der

¹⁵³ Vgl. *Seifert*, a.a.O. (Fn. 111), 40.

¹⁵⁴ Vgl. dazu *Held*, DRiZ 1972, 77; *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, 28 f.; *Zimmermann*, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, 1983, 86 (Fn. 44); *Seifert*, a.a.O. (Fn. 111), 40.

¹⁵⁵ BGHZ 85, 64, 66 ff.

¹⁵⁶ BGH JR 1984, 13, 14.

¹⁵⁷ Dazu ausführlich und zu Recht kritisch *Köhler*, JR 1984, 45 ff., s. auch *Seifert*, a.a.O. (Fn. 111), 40.

¹⁵⁸ Grundlegend hat *Kriele* diese Faktoren herausgearbeitet in: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, 259 ff. und in: *Recht und praktische Vernunft*, 1979, 97 ff. Im Anschluß daran auch *Ornù*, ZRP 1989, 441, 443; *Seifert*, a.a.O. (Fn. 111), 42.

Richter geringer wird und damit die Richter entlastet werden, so daß sie deshalb ein größeres Pensum an Fällen schaffen können. Zum anderen für die Parteien, deren Kosten dadurch gesenkt werden, wenn sie nicht den Gang durch mehrere Instanzen auf sich nehmen müssen.

- die notwendige Achtung vor dem Wissen, das sich durch eine "Akkumulation von Erfahrung"¹⁵⁹ angesammelt hat und letztlich - im Zusammenspiel mit der Kritik an diesem Wissen - zum Rechtsfortschritt führt¹⁶⁰
- Beitrag zur Gerechtigkeit im Sinne der Gleichheit der Einzelnen vor dem Gesetz¹⁶¹
- Schutz der Bürger vor rückwirkenden Änderungen judizieller Entscheidungen¹⁶².

Entscheidend ist jedoch, daß die Richter im Einzelfall dennoch nicht Vorentscheidungen folgen müssen. Es obliegen ihnen auch nicht etwa eine Art von "Sorgfaltspflicht" gegenüber den Parteien, wenn sie in bewußtem Entschluß über höherinstanzlichen Entscheidungen diesen nicht folgen, so daß der Richter davon ausgehen muß, daß die unterliegende Partei dann in die nächste Instanz gehen wird, wo sie aller Wahrscheinlichkeit eine Entscheidung erhalten wird, die sich nach den oberinstanzlichen Präjudizien richtet und für sie zum Erfolg führt.

III. Zusammenfassung und Folgerung für die bindende Wirkung der Urteile nach Art. 177 EGV

1. Ergebnis

Im deutschen Zivilprozeßrecht gibt es bis auf die ausdrückliche Vorschriften des § 31 BVerfGG, keine strikte Bindungswirkung der Richter an höherinstanzliche Entscheidungen. Soweit möglicherweise davon gesprochen wird, daß sich in der Praxis das deutsche Recht dem *common law* im Hinblick auf die Bindungswirkung obergerichtlicher Entscheidungen angleiche, so gibt das folglich nur die Tendenz in der

¹⁵⁹ Kriele, Rechtsgewinnung, a.a.O. (vorige Fn.), 267.

¹⁶⁰ Kriele, Rechtsgewinnung, a.a.O. (Fn. 158), 264 ff.; ders., praktische Vernunft, a.a.O. (Fn. 158), 98 f.

¹⁶¹ S. Kriele, Rechtsgewinnung, a.a.O. (Fn. 158), 260; Ornù, ZRP 1989, 441, 443; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, 1956, 26; Germann, Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, 1976, 19; Sambuc, Folgenerwägung im Richterrecht, 1977, 49.

¹⁶² Ornù, ZRP 1989, 441, 443; Picker, JZ 1984, 153, 153 f.; Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, 55 ff.; Larenz, a.a.O. (Fn. 80), 247 ff.

Praxis an¹⁶³. Aus verschiedenen Gründen ist eine gewisse Bindungswirkung durchaus sinnvoll, so daß diese sich faktisch in vielen Bereichen durchsetzt. Den Präjudizien kommt die Vermutung einer Richtigkeitsgewähr zu. Diese Vermutung besteht aber nur solange der einzelne Richter nicht Gründe für die Abweichung sieht. Erst dann wird die "Gretchenfrage" der Bindungswirkung gestellt, nämlich welche Folgen es für eine Entscheidung hat, wenn sich der Richter bewußt in Gegensatz zur obergerichtlichen Entscheidungspraxis setzt. Die Antwort lautet: keine, denn das Postulat der Verbindlichkeit von Richterrecht wäre nicht nur mit Art. 97 GG unvereinbar, sondern würde auch die wichtigen Vorteile beseitigen, die derartige Normversuche gegenüber dem Gesetzesrecht aufweisen¹⁶⁴.

Wenn jedoch aus den allgemeinen Erwägungen zur bindenden Wirkung von präjudizien im deutschen Zivilprozeßrecht keine Legitimation für eine Bindungswirkung im nationalen Bereich abzuleiten ist, dann ist erst recht fraglich, warum dann eine Entscheidung des EuGH nach Art. 177 EGV bzw. eine Rechtsprechung des EuGH für den deutschen Richter eine bindende Wirkung haben soll. Die Zweifel werden insbesondere deshalb bedeutsam, weil sich der EuGH auftragsgemäß nicht mit dem nationalen Recht als solchem auseinandersetzen darf, es also seine Entscheidung nur hinsichtlich des EG-Rechts trifft. Der EuGH ist eben keine Superrevisionsinstanz, der möglicherweise eine bindende Auslegung oder Entscheidung zukommt.

Rein theoretisch könnte sich möglicherweise aber noch etwas anderes ergeben, wenn der EuGH als eine Art europäischer Verfassungsgerichtshof vergleichbar dem BVerfG anzusehen wäre¹⁶⁵ und daher der Gedanke des § 31 BVerfGG auch auf die Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren angewendet werden könnte. Unabhängig davon, daß es hinsichtlich der Analogiefähigkeit des § 31 BVerfGG als Norm oder hinsichtlich der Übertragung der Idee als solcher wohl bereits unüberwindliche Schwierigkeiten gibt, ist bereits die Frage problematisch zu entscheiden, ob der EuGH gleichsam als europäisches Verfassungsgericht anzusehen ist. Wenngleich die

¹⁶³ Vgl. dazu allgemeiner *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, § 18 II.

¹⁶⁴ So ausdrücklich *J. Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 96), 437 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 120), 60 f.; im Ergebnis ebenso *Raiser*, in: Achterberg (Hrsg.), a.a.O. (125), 641 f.; *Hirsch*, JR 1966, 341; *Esser*, a.a.O. (Fn. 129), 184 ff.; *Flume*, in: Verhandlungen des 46. DJT, Band II (1967), K 1, 25; *Larenz*, a.a.O. (Fn. 80), 262; *Richardi*, Gedächtnisschrift Dietz, 1973, 269, 284; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 1957, 15 ff.

¹⁶⁵ Vgl. dazu *J. Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), 13, 14; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, 1983, 11, 11 ff, insbes. 16 ff.; *Skouris*, in: Klöpfer (Hrsg.), Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit, 1989, 67 ff.; *Due*, in: FS für (Essays for the Hon. Mr. Justice T. F.) O'Higgins, 1992, 3 ff.; *Jacobs*, in: FS O'Higgins, 1992, 25, 25 ff.; *Mischo*, Rev. du Marché Commun 1990, 681; *Brückner*, in: Jayme/Hommelhoff (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt: internationales Privatrecht und Rechtsangleichung, 1995, 263, 263 f.; *Kakouris*, in: FS Everling, I, 1995, 629 ff.; *Tridimas*, ELR 1996, 199, 206 f.

Diskussion um eine europäische Verfassung noch in vollem Gange ist¹⁶⁶, zeigt eine bloße Gegenüberstellung der beiden Gerichte im Hinblick auf ihre Funktion und ihre Stellung im rechtlichen Gesamtgefüge, daß es wohl weder *de lege lata* noch von der tatsächlichen Rechtsentwicklung her angezeigt ist, den EuGH als ein Äquivalent zum BVerfG auf europäischer Ebene zu betrachten¹⁶⁷. Für eine Analogie des § 31 BVerfGG auf Entscheidungen des EuGH ist daher kein Raum¹⁶⁸.

2. Schlußfolgerung

Nach deutschem Recht bindet ein vorhergehendes Urteil eines (deutschen) Gerichts andere Richter, von Ausnahmen im Rahmen des § 31 BVerfGG abgesehen, nicht. Wenn diese Freiheit von Präjudizien für die deutschen Gerichte gilt, dann liegt der Schluß nahe, daß die deutschen Richter dann erst recht nicht an die Urteile von nicht-deutschen Gerichten gebunden sind; das muß dann auch für die Entscheidungen des EuGH gelten, zumal er ausdrücklich keine Superrevisionsinstanz ist - allein deshalb schon nicht, weil es ihm nach Art. 177 EGV gar nicht erlaubt ist, nationales Recht auszulegen bzw. zu überprüfen¹⁶⁹.

Eine Bindungswirkung der deutschen Zivilrichter an Urteile des EuGH nach Art. 177 EGV kann sich, jedenfalls was die *erga-omnes*-Wirkung angeht, deshalb nur aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben.

C. Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des EuGH nach Art. 177 EGV aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts

Betrachtet man nunmehr die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH nach Art. 177 EGV aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, so ist wie im deutschen Zivilprozeßrecht zu unterscheiden zwischen der Bindungswirkung innerhalb eines Prozesses und den außerprozessualen Bindungswirkungen von Entscheidungen des EuGH.

¹⁶⁶ Der EuGH hat den EWG-Vertrag als die grundlegende Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft bezeichnet, EuGH *Gutachten I/91* v. 14. 12. 1991, EuR 1992, 163, 172. Allein zur Diskussion in Deutschland vgl. nur *Dausen(-Müller-Graff)*, a.a.O. (Fn. 2), A I., Rn. 60 ff.; *Seidel*, in: *Deutschland im Binnenmarkt*, 1994, 145; *ders.*, *Außenwirtschaft* 1995, 221; *Grimm*, JZ 1995, 581 ff.; *Kirchner/Haas*, JZ 1993, 760 ff.; v. *Bogdandy*, in: *ders.* (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer Europäischen Staatlichkeit*, 1993, 9 ff.

¹⁶⁷ So auch *Jacobs*, a.a.O. (Fn. 165), 31 f.; in der Tendenz auch *Kakouris*, a.a.O. (Fn. 165), 639 f.; vgl. aber *Pietrek*, a.a.O. (Fn. 49), 174 ff.

¹⁶⁸ Ebenso *Klein*, VVDStRL 50 (1991), 57, 67, Fn. 46; *Ukrow*, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH*, 1995, 189.

¹⁶⁹ Statt aller v.d.Groeben(-*Krück*), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 34 ff.

I. Unmittelbare bindende Wirkung der Vorabentscheidung im Hinblick auf das Ausgangsverfahren

1. Folgepflicht des vorlegenden Gerichts

Allgemeiner Auffassung nach entfaltet die Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 177 EGV unmittelbar bindende Wirkung im Hinblick auf das Ausgangsverfahren¹⁷⁰. Der Hauptgrund für die Bindungswirkung gegenüber dem vorlegenden Gericht ergibt sich zunächst schon aus dem Zweck des Art. 177 EGV. Jener wäre vollständig sinnentleert und überflüssig, wenn es im Ermessen bzw. im Wohlwollen der vorlegenden Gerichte läge, ob sie die Entscheidung des EuGH umsetzen wollten oder nicht. Zudem folgt die bindende Wirkung eines Urteils nach Art. 177 EGV gegenüber dem vorlegenden Gericht auch daraus, daß es sich bei dem Vorabentscheidungsurteil um eine das Verfahren vor dem Gerichtshof abschließende Entscheidung handelt. Deren Tenor erwächst mit Verkündung nach Art. 65 VfO-GH formell und materiell in Rechtskraft¹⁷¹ und bindet damit auch die Parteien des Ausgangstreits, obwohl diese nicht Adressat des Vorabentscheidungsurteils sind¹⁷². Zwar wird der Tenor dieser Entscheidung nur mit "für Recht erkannt" statt mit "für Recht erkannt und entschieden" wie bei Direktklagen begonnen, doch trägt dies nur dem Charakter des Vorabentscheidungsverfahrens als Zwischenverfahren Rechnung, ohne daß daraus Abstriche für die Rechtskraft der Entscheidung folgen würden¹⁷³. Die Gründe des Urteils erwachsen hingegen grundsätzlich nicht in Rechtskraft; Ausnahmen gelten nur insoweit als die Gründe zur Auslegung des Tenors hinzugezogen werden¹⁷⁴. Dem vorlegenden Gericht ist es jedoch erlaubt, bei Unklarheiten über die vom EuGH gegebenen Antworten hinsichtlich desselben Verfahrens um eine ergänzende Auslegung nach Art. 40 VfO-GH nachzusuchen. Aus der Rechtskraft der Entscheidung des EuGH folgt ebenfalls unmittelbar, daß sich die Bindungswirkung auf den gesamten

¹⁷⁰ Dausies, a.a.O. (Fn. 2), 153; Beckmann, a.a.O. (Fn. 28), 95; Rengeling/Middecke/Gellermann, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 398; Nachbaur, JZ 1992, 354; Lenz, EuZW 1993, 11; J. Schwarze, a.a.O. (Fn. 10), 33; Pietrek, a.a.O. (Fn. 49), 35 ff. m.w.N.; EuGHE 1969, 165, 178 (*Milch-/Fett- und Eierkontor ./.* *HZA Saarbrücken*); EuGHE 1977, 163, 183 (*Benedetti ./.* *Munari Fratelli*).

¹⁷¹ v.d. Groeben(-Krück), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 85; Everling, a.a.O. (Fn. 4), 61; Tsirikas, a.a.O. (Fn. 3), 123 ff.; vgl. auch EuGHE 1986, 947, 952 (*Wünsche*); anders Beckmann, a.a.O. (Fn. 28), 97.

¹⁷² Vgl. EuGHE 1977, 163, 183 (*Benedetti ./.* *Munari Fratelli*); GA Warner, Schlußantrag in dem Verfahren *Manzoni* EuGHE 1977, 1658, 1663; Smit/Herzog, EEC-Law, IV S. 5-485 (117.26.).

¹⁷³ v.d. Groeben (-Krück), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 7; Grabitz/Hilf(-Wohlfahrt), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 2; Rengeling/Middecke/Gellermann, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 350; Schaub, NJW 1994, 81, 84.

¹⁷⁴ S. EuGHE 1986, 947, 952 (*Wünsche*); EuGHE 1978, 855, 859 (*Bosch*); vgl. auch Heß, ZZP (108), 59, 67 f. der sich zu Recht gegen Pietrek, a.a.O. (Fn. 49), 35, wendet, wo vertreten wird, daß eine Rechtskraftbindung der Entscheidungsgründe eintrete. Richtigerweise wird wohl gemeint sein, daß die Entscheidungsgründe als Basis für eine ständige Rechtsprechung die mitgliedstaatlichen Gerichte binden können.

Rechtsstreit insgesamt erstreckt, so daß auch Rechtsmittelgerichte, die zuvor in derselben Sache ergangene Vorabentscheidung des EuGH zu beachten haben¹⁷⁵.

Etwas anderes ist es jedoch, wenn die Rechtsmittelinstanz der Auffassung ist, es wäre bei der Beurteilung des Falles gar nicht auf die vorgelegte Frage angekommen. In diesen Fällen kann das betreffende Gericht die Entscheidung des EuGH ignorieren und unabhängig von dem Richterspruch aus Luxemburg judizieren. Gelangt das Rechtsmittelgericht zu der Auffassung, daß eine andere Frage betreffend das Gemeinschaftsrecht entscheidungserheblich ist, dann gelten die allgemeinen Regelungen, d.h. es kann dem EuGH die (neue) Frage vorlegen oder nach den CILFIT-Regeln eigenständig entscheiden. Problematischer - aber wohl kaum praxisrelevant - ist der Fall, in dem das Rechtsmittelgericht dieselbe Frage wie die Vorinstanz für entscheidungserheblich hält, das Ergebnis des EuGH jedoch nicht zu teilen vermag. Nach dem soeben erwähnten Grundsatz ist es dem Rechtsmittelgericht dann untersagt, die Entscheidung des EuGH nicht zu beachten. Allerdings wird man wohl auch nicht verlangen können, daß das entsprechende Gericht entgegen seiner Überzeugung entscheidet. Hier wird vielmehr ein Fall vorliegen, in dem das Gericht dem EuGH dieselbe Frage - mit neuen Argumenten - erneut vorlegen kann¹⁷⁶.

2. Abweichung der Rechtsmittelinstanz in derselben Sache

Wie die Praxis zeigt, ist die Bereitschaft der Befolgung der Urteile des Gerichtshofs in derselben Sache groß¹⁷⁷. Sie ist allerdings nicht selbstverständlich. So hat beispielsweise in dem berühmten Fall des Arbeitsvermittlungsmonopols für Führungskräfte das vorlegende OLG München nach dem *Höfner*-Urteil des EuGH, welches bekanntlich im Ergebnis die damaligen §§ 4 und 13 des AFG als unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht beurteilt hatte¹⁷⁸, gleichwohl den dem Verfahren zugrundeliegenden Vermittlungsvertrag nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen eine gesetzliche Vorschrift als nichtig betrachtet und damit §§ 4 und 13 AFG indirekt weiter angewendet¹⁷⁹. Der BGH hat dann im Revisionsverfahren nicht, wie man vielleicht

¹⁷⁵ EuGHE 1977, 163, 183 (*Benedetti ./ Munari Fratelli*); BVerfG, EuGRZ 1979, 547, 551; *Bebr*, CMLR 1981, 475, 482.

¹⁷⁶ S. *Beckmann*, a.a.O. (Fn. 28), 95 f.

¹⁷⁷ S. *Schwarze*, Befolgung von Vorabentscheidungsverfahren des EuGH durch deutsche Gerichte, 1989, 26 ff., der 213 "Folgeentscheidungen" ausgewertet hat. Dabei ist er zu dem Ergebnis gekommen, daß 78% strikt konform befolgt wurden und in 14% der Urteile eine "auslegende Anwendung" erfolgt ist.

¹⁷⁸ EuGHE 1991, I - 1979 (*Höfner*); dazu Ehricke, WuW 1991, 970.

¹⁷⁹ S. OLG München, **[Daten werden nachgeliefert]** (nicht veröffentlicht); andere Beispiele für Urteile, in denen die Folgeurteile von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen sind u.a.: AG Reutlingen, EuGRZ 1977, 415, 417; OLG Stuttgart, NJW 1978, 1758 f.; vgl. dazu auch *Sasse*, EuGRZ 1978, 230, 234 und EuGHE 1977, 1495 (*Sagulo*). Das VG Neustadt/Weinstr. kam ebenfalls einem Urteil des EuGH (EuGHE 1979, 3727 (*Hauer*)) nicht nach und legte statt dessen dem BVerfG vor (EuR 1980, 361).

annehmen könnte, dem Richterspruch aus Luxemburg zur Durchsetzung verholfen oder - möglicherweise wegen eigener Bedenken an dem Urteil des EuGH - den Luxemburger Gerichtshof erneut nach Art. 177 EGV befragt. Vielmehr hat er dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob das Monopol der Arbeitsvermittlung, soweit es Personalberatungsgesellschaften die Vermittlung von Führungskräften verbietet, gegen Art. 12 GG und den Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes verstoße¹⁸⁰.

Ein weiteres Beispiel der Nichtbefolgung bietet der der Entscheidung des BVerfG vom 8. 4. 1987¹⁸¹ zugrundeliegende Fall aus der Finanzgerichtsbarkeit. Dort hatte das Niedersächsische FG eine Frage bezüglich der Sechsten Richtlinie 77/388 des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuer, insbesondere im Hinblick auf die verabsäumte, rechtzeitige Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht, vorgelegt¹⁸². Diese Frage hat der EuGH mit Urteil vom 22. 2. 1984¹⁸³ entschieden. Während das Niedersächsische FG diese Auffassung in seinem Urteil zugrundelegte, hob der BFH dieses Urteil wegen Verstoßes gegen Art. 20 III, 24 I GG auf und wies die Klage ab¹⁸⁴.

Dem Abweichen von der Beurteilung einer Frage durch den EuGH im Ausgangsverfahren durch ein deutsches Gericht ist das BVerfG indes in ständiger Rechtsprechung entgegengetreten: Der Art. 177 EGV spreche dem EuGH im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis zu, über die Auslegung des Vertrages soweit über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte zu entscheiden; die nach Maßgabe des Art. 177 EGV ergangenen Urteile des EuGH seien deshalb für alle mit demselben Ausgangsverfahren befaßten mitgliedstaatliche Gerichte bindend. Diese Kompetenzzuweisung sei auf ein Zusammenwirken zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und dem EuGH gerichtet; sie diene im Interesse des Vertragszieles der Integration, der Rechtssicherheit und der Rechtsanwendungsgleichheit einer möglichst einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch alle Gerichte im Geltungsbereich des EWG-Vertrages. Die Begründung dieser Kompetenz sei im Hinblick auf Art. 24 I GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie schließe eine konkurrierende Kompetenz der deutschen Gerichte aus¹⁸⁵.

¹⁸⁰ BGH, AZ IV ZR 87/90 (nicht veröffentlicht). Trotz der zwischenzeitlichen Aufhebung des Arbeitsvermittlungsmonopols ist die Vorlage des BGH (Az.: 1 BvL 18/91) weiter beim Bundesverfassungsgericht anhängig (Im Zusammenhang mit dieser Vorlage des BGH sind auch zwei Verfassungsbeschwerden zu dieser Problematik beim BVerfG anhängig: 1 BvR 291/92 und 1 BvR 1924/92); zu dieser Problematik vgl. *Krölls*, GewArch 1993, 1, 6 f.; *A. Heinemann*, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, 1996, 44 f.

¹⁸¹ BVerfG, JZ 1988, 191 ff. mit Anmerkung von *Rupp*.

¹⁸² Niedersächsisches Finanzgericht, RIW 1983, 524.

¹⁸³ EuGHE 1984, 1075 (*Kloppenburger*).

¹⁸⁴ S. BVerfG, JZ 1988, 191, 191 f.

¹⁸⁵ BVerfG, JZ 1988, 191, 192; BVerfGE 45, 142, 162; BVerfGE 52, 187, 200 f.; BVerfGE 73, 339, 370.

Daraus folgt mithin, daß innerhalb ein- und desselben Prozeßrechtsverhältnisses der deutsche Zivilrichter an Urteile des EuGH nach Art. 177 gebunden ist¹⁸⁶. Gleichsam eine *ordre-public*-Klausel zur Abwehr als für die deutsche Rechtsordnung unerträglich empfundener Entscheidungen, wie sie der Sache nach entsprechend aus dem IPR (Art. 6 EGBGB), dem IZVR (bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, § 328 I Nr. 4 ZPO; § 723 II ZPO) und - mit Modifikationen - aus der EMRK (Stichwort: *margin of appreciation*¹⁸⁷) bekannt sind, gibt es hinsichtlich der Urteile nach Art. 177 EGV nicht. Eine solche Klausel würde letztlich den oben dargestellten Sinn und Zweck des Vorlageverfahrens zerstören und kann daher grundsätzlich nicht akzeptiert werden. Eine Ausnahme mag es für Extremfälle freilich dort geben, wo man bereit ist, die Kriterien, die im Maastricht-Urteil des BVerfG genannt sind¹⁸⁸, auch auf Entscheidungen des EuGH anzuwenden. Ob dies sinnvoll und möglich ist, welche Folgen dies hätte und wie eine solche "Befolgungsausnahme" konkret aussähe, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden; die Klärung dieser Frage bleibt der verfassungsrechtlichen Diskussion vorbehalten.

II. Wirkung des Vorabentscheides außerhalb des Ausgangsverfahrens

Soweit es jedoch um die Bindungswirkung der Vorabentscheidungen nach Art. 177 EGV über den vorgelegten Fall hinaus geht, herrscht schon lange ein heftiger Streit, der sich zwischen den beiden Polen einer *inter-partes*-Wirkung und einer *erga-omnes*-Wirkung bewegt. Vom Begrifflichen her sind die Ausdrücke "*inter partes*" und "*erga omnes*" in diesem Zusammenhang allerdings unscharf, denn genau genommen geht es nicht um die Wirkung auf bestimmte Parteien, sondern um die Bindungswirkung für bestimmte spätere Verfahren. Es geht hier um die Präjudizfunktion von einzelnen Urteilen bzw. einer ganzen Rechtsprechung. *Tomuschat* hat daher zu recht darauf hingewiesen, daß es besser *ad-rem*-Wirkung und *ultra-rem*-Wirkung heiße¹⁸⁹. Da es mittlerweile allerdings der allgemeinen Übung entspricht, von *inter-partes* bzw. *erga-omnes*-Wirkung zu sprechen, sollen auch hier im weiteren diese Ausdrücke verwendet werden.

1. Bloße *inter partes*-Wirkung

¹⁸⁶ EuGH I, Urt. v. 12. 12. 1996, Rs. T-177/94, *Altmann ./ Kommission*. Ich danke Herrn Priv. Doz. Dr. *Theodor Schilling* dafür, daß er mir diesen Urteilstext sehr früh zugänglich gemacht hat.

¹⁸⁷ Dazu vgl. *O'Donnell*, *Human Rights Quarterly* 1982, 474; *Bernhardt*, in: FS Mosler, 1983, 75 ff.; *Weidmann*, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, 1985, 245 ff. mit umfangreichen Nachweisen aus der etwas älteren Literatur. Neueren Datums s. *Macdonald*, in: FS Ago, III, 1987, 187; *Ehrliche*, *EuGRZ* 1993, 113, 116 m. w. N.

¹⁸⁸ S. BVerfGE 89, 155, 174 ff. vgl. dazu etwa *Zuleeg*, *JZ* 1994, 1 ff.

¹⁸⁹ *Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 3), 172 und 175; ebenso *Beckmann*, a.a.O. (Fn. 28), 98.

Auf der einen Seite wird vertreten, daß der Einfluß einer Vorabentscheidung und der durch sie gegebenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts sich allein auf den konkreten Ausgangsfall beschränkt. Da die Entscheidung nach Art. 177 EGV dem Wortlaut nach einzig auf eine oder mehrere Fragen eines oder mehrerer vorlegender Gerichte bezogen ist, kann es nur eine *autorité relative* der Rechtsprechung geben¹⁹⁰. Damit würde eine große Flexibilität des EG-Rechts gewährleistet werden können, die Verkrustungen im Recht vorbeugt und das Gemeinschaftsrecht zu einem effektiven Regelungsinstrumentarium werden läßt, welches sich den Gegebenheiten und Änderungen schnell anpassen kann. Der EuGH hat insoweit nämlich die Möglichkeit, aufgrund jeder einzelnen Vorlage seine eigene Rechtsprechung immer wieder neu zu prüfen und sie (fallorientiert) ggf. zu ändern¹⁹¹. Die dafür notwendige Funktion der Rechtsprechung, ein gemeinschaftsweit einheitliches Verständnis von Gemeinschaftsrecht zu erzielen und die Durchsetzung der Geltung von EG-Recht zu bewirken, wird dabei aber nicht aufgrund der zwangsweisen Bindung an die Urteile des EuGH erreicht. Die Bindungswirkung der Urteile des EuGH folge vielmehr aus einer Selbstbindung der nationalen Gerichte, die sich aus einer moralischen Verpflichtung (*autorité morale*) der einzelnen nationalen Richter ergäbe¹⁹², oder anders ausgedrückt: die aufgrund der Einsicht in die Notwendigkeit, so zu handeln¹⁹³, bzw. auf prozeßökonomischen Erwägungen¹⁹⁴ beruht. Insoweit gründet sich die Wirksamkeit der Rechtsprechung des EuGH auf der Vertragstreue ihrer Mitglieder, welche aus Einsicht und dem gemeinsamen Interesse am Funktionieren der Gemeinschaft die jeweils notwendigen Erfüllungs- oder Zwangsmaßnahmen zu treffen haben¹⁹⁵.

Eine solche Auffassung läßt eine erstaunlich optimistische Einschätzung der Bereitschaft der Mitgliedstaaten erkennen, ihre nationalen Eigenheiten und Standpunkte hinter die gemeinsamen Interessen an dem Wohlergehen und der Weiterentwicklung der EU zu stellen. Wie die derzeitigen Schwierigkeiten im Integrationsprozeß der Union und die einzelnen Versuche der Mitgliedstaaten, mehr und mehr spezielle, nationale Interessen durchzusetzen, zeigen, dürfte die Ansicht, daß sich die Mitgliedstaaten bzw. die Gerichte aus bloßer Einsicht vertragstreu verhalten werden, an der

¹⁹⁰ Lagrange, SEW 1962, 81, 106; ders., RTDE 1974, 268, 295 f.; GA Lagrange, Schlußantrag in der Sache *Da Costa*, EuGHE 1963, 63, 91; Baron, in: La CEE en crise, 1982, 9, 28; Daig, EuR 1968, 259, 387; Donner, Recueil des Cours (La Hague) 115 (1965), 3, 47; Gaudet, in: FS Hallstein, 1966, 202, 221; Bebr, CMLR 1981, 475, 488; Dausies, a.a.O. (Fn. 2), 153 ff.; vgl. aber auch C.E., RTDE 1986, 533; eher unklar Matthies, in: FS Hallstein, 1966, 304, 320. Ferner s. in diesem Zusammenhang auch ??? und BVerfG, EuR 1987, 334 ff.

¹⁹¹ GA Warner, Schlußantrag in der Sache *Manzoni*, EuGHE 1977, 1658, 1662 ff.; Baron, a.a.O. (vorige Fn.), 28.

¹⁹² Vgl. Lieber, a.a.O. (Fn. 3), 120 f.; GA Lagrange, Schlußantrag in der Sache *Da Costa*, EuGHE 1963, 91; Baron, a.a.O. (Fn. 190) 28; Teitgen, Cours de droit institutionnel européen, 1976/1977, 510.

¹⁹³ Vgl. dazu Everling, a.a.O. (Fn. 14), 70 f.; Oppermann, DVBl. 1994, 901, 902: Die Wirksamkeit der europäischen Rechtsordnung beruhe auf der Vertragstreue ihrer Mitglieder, welche aus Einsicht und dem gemeinsamen Interesse am Funktionieren der Gemeinschaft die jeweils notwendigen Erfüllungs- oder Zwangsmaßnahmen trafen.

¹⁹⁴ S. Rengeling/Middecke/Gellermann, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 401.

¹⁹⁵ Oppermann, DVBl. 1994, 901, 902.

Realität weitgehend vorbeigehen. Es wird dabei schlicht der Umstand zu gering erachtet, daß das vertragstreue Verhalten der Mitgliedstaaten insoweit zum Teil verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten oder zumindest dem politischen Tagesklima ausgesetzt sind. Unabhängig davon würde man, wenn man mit einer reinen *inter partes*-Wirkung der Urteile des EuGH Ernst machte, schnell in Konflikt geraten mit dem oben erwähnten Sinn und Zweck des Vorlageverfahrens, über ein einheitliches Verständnis von Gemeinschaftsrecht die europäische Integration voranzubringen: Das integrative Moment des Gedankens der Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft kann aber nur dann verwirklicht werden, wenn das überall geltende Gemeinschaftsrecht auch gleichermaßen angewendet und verstanden wird. Mit einer bloßen 'Ohne Bindungswirkung' hat man kein wirksames Mittel in der Hand, der zu einer Rechtszersplitterung führenden abweichenden Rechtsprechung der jeweiligen nationalen Gerichte zu begegnen. Damit führte eine *inter-partes*-Wirkung der Urteile des EuGH zu dem oben bereits angesprochenen "Rechtsgefälle", welches direkt oder indirekt dazu führen würde, daß im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr der mühsam erreichte Abbau von Schranken hinsichtlich der vier Marktfreiheiten über die Anwendung unterschiedlichen Rechts anderweitig erneut errichtet würden und sich somit kontraproduktiv zu den Zielen des Vertrages verhielte.

2. Strikte *erga-omnes*-Wirkung

Diese Bedenken stehen im Vordergrund, wenn man der entgegengesetzten Auffassung folgt, die von einer allgemeinen, strikt bindenden Wirkung der Urteile ausgeht¹⁹⁶. Ihr zufolge ist ein nationales Gericht stets an das vom EuGH vorgegebene Verständnis einer bestimmten Rechtsfrage betreffend das Gemeinschaftsrecht gebunden. Es darf im Rahmen der Anwendung von Vorschriften des EG-Rechts deshalb keine andere Auffassung als die vom EuGH vorgegebene zur Anwendung bringen.

a) Vorteile

Eine *erga-omnes*-Wirkung der Rechtsprechung des EuGH würde die einheitliche Auslegung von EG-Recht in den einzelnen Mitgliedstaaten unzweifelhaft am effektivsten sichern. Gleichzeitig kann mit einer strengen Bindungswirkung der Urteile des EuGH auch eine für den Rechts- und Wirtschaftsverkehr in der EU wichtige, umfassende Rechts- und Planungssicherheit erreicht werden. Ferner führt sie dazu, daß es unter Umständen auch gelingen kann, Regelungen gemeinschaftsweit zur Durchsetzung zu verhelfen, die von den Legislativgremien in der EU nicht durchge-

¹⁹⁶ Teitgen, a.a.O. (Fn. 192), 508; Trabucchi, RTDE 1974, 56, 82 ff.; Ehle, MDR 1964, 719, 720; Hay, CDE 1971, 503, 512; Lutter, ZJP 86 (1973), 107, 138; Matthies, Gedächtnisschrift für L. Constantinesco, 1983, 304 ff.; Bleckmann, Europarecht, 5. Aufl., 1990, 275 f.; vgl. auch GA Warner, EuGHE 1977, 1647, 1658, 1662 f. (Manzoni).

setzt werden konnten. Ein klassisches Beispiel dafür ist die gemeinschaftsrechtliche Regelung mitgliedstaatlicher Eingriffe in den Wettbewerb; diesbezüglich hat der EuGH bekanntlich gemeint, es läge eine Regelungslücke im Gemeinschaftsrecht vor und hat diese mit der freilich gleichzeitig auch im einzelnen heftig umstrittenen Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2, 3 lit. g, 85 u. 86 EGV zu lösen versucht¹⁹⁷. Schließlich könnte für eine strikte Bindungswirkung auch die Kompetenzverteilung zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH sprechen. Es besteht das Gebot der Verteilung von Entscheidungsbefugnissen nicht nach Beliebigkeit, sondern nach Sachverstand und Sachnähe. Dagegen würde es verstoßen, wenn das sachfremdere bzw. von der Sache entferntere Gericht (das nationale Gericht) die Entscheidungen des sachnäheren Organs ignoriert¹⁹⁸.

b) Nachteile

Eine derartige "Funktionsverschiebung" des EuGH begegnet aber freilich erheblichen Bedenken, denn sie würde den EuGH zu einem "Ersatzgesetzgeber" der Union machen, der das von ihm entwickelte Recht *qua* Bindungswirkung direkt in die nationalen Rechtsordnungen implementieren würde. Eine solche Position steht dem EuGH aufgrund der Kompetenzverteilung in der EU jedoch nicht zu und wird zu Recht von der überwiegenden Mehrheit in der Literatur abgelehnt¹⁹⁹. Zudem wäre eine strikte *erga-omnes*-Wirkung praktisch nicht vereinbar mit dem Kanon der einzelnen Klagearten des EG-Vertrages. Im Ergebnis würde man nämlich eine weitgehende Annäherung an die Folgen einer Nichtigkeitsklage (Art. 174 EGV) erzielen und damit die Grenzbereiche dieser ganz unterschiedlichen Klagearten ohne Not verschwimmen lassen²⁰⁰. Ferner ist daran zu denken, daß eine *erga-omnes*-Wirkung den EuGH praktisch auch in eine oberste Instanz für die innerstaatlichen Gerichte verwandeln würde, so daß die Grenzen zwischen den beiderseitigen Zuständigkeiten zunehmend verwischt würden²⁰¹. Eng verbunden damit ist der Hinweis, daß eine absolute Bindungswirkung dem für die rechtliche Integration der einzelnen Staaten wichtigen Grundsatz der permanenten und ungehinderten Kooperation zwischen der europäischen und den nationalen Gerichtsbarkeiten widerspreche²⁰².

Schließlich ergibt sich vor dem Hintergrund, daß eine wesensmäßige Aufgabe der Gerichtsbarkeit gerade auch darin besteht, das Gemeinschaftsrecht ständig fortzubil-

¹⁹⁷ Grundlegend EuGHE 1979, 2115 (*INNO ./. Atab*); eine ausführliche Kritik des Ansatzes ist zu finden bei *Ehrliche*, Staatliche Eingriffe in die Wettbewerbs - Kontrolle durch Gemeinschaftsrecht, 1994, 37 ff.; vgl. aus der Vielzahl der dazu erschienenen Literatur noch die sehr instruktive Arbeit von *A. Heinemann*, a.a.O. (Fn. 180).

¹⁹⁸ Vgl. *Tsikrikas*, a.a.O. (Fn. 3), 148 f.

¹⁹⁹ *Lagrange*, Rev.trim.dr.eur. 1974, 268, 296; dagegen mit wenig überzeugender Argumentation *Beckmann*, a.a.O. (Fn. 28), 106; vgl. ferner oben.

²⁰⁰ *Koenig/Sander*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 499.

²⁰¹ *Baron*, a.a.O. (Fn. 190), 27; *Teitgen*, a.a.O. (Fn. 192), 510; vgl. auch *Canaris*, EuZW 1994, 417.

²⁰² *Dausies*, JZ 1979, 125, 129, *Lutter*, ZZP 86 (1973), 107, 136; vgl. zudem *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 271 ff, insbes. 275 f. und 373 ff.

den und in seiner Spruchpraxis immer wieder zu überprüfen und zu konkretisieren, gegen eine strikte *erga-omnes*-Wirkung der bereits erwähnte Einwand der 'Verkrustung' des Rechts. Die nationalen Gerichte wären an eine bestimmte Auslegung gebunden, die möglicherweise nicht mehr den veränderten Umständen entspricht und die sogar der EuGH selbst nicht mehr für richtig hält²⁰³. Insoweit würde die positive Funktion der Sicherung des Rechtsfriedens durch die Folge der Hemmung der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts überlagert werden²⁰⁴.

c) *Stare-decisis im Gemeinschaftsrecht?*

Eine *ultra-rem*-Wirkung von Vorlageentscheidungen des EuGH ähnelt sehr dem Grundsatz *stare decisis et non quieta movere* (kurz: *stare-decisis-Doktrin*). Es handelt sich bei der *stare-decisis-Doktrin* bekanntlich um einen methodischen Ansatz des anglo-amerikanischen Rechts, dessen Hauptaufgabe es ist zu versuchen, in einem System ungeschriebenen Rechts Rechtssicherheit zu erzeugen²⁰⁵. Es hat nicht an Versuchen gefehlt zu begründen, daß die Situation in der EG vergleichbar ist mit derjenigen in den Staaten, in denen es kein geschriebenes Recht gibt²⁰⁶. Daraus wurde dann gefolgert, daß sich analog die strenge Bindungswirkung auch im Verhältnis des EuGH zu den mitgliedstaatlichen Gerichten begründen läßt. Man kann allerdings durchaus bezweifeln, ob die vorausgesetzte Vergleichbarkeit gegeben ist, denn im Gegensatz zum Fallrechtssystem des englischen Rechts konstituiert sich das EG-Recht zum ganz überwiegenden Teil aus geschriebenen Primär- und Sekundärrecht. Allerdings könnte man vom funktionalen Gesichtspunkt eine Vergleichbarkeit der Aufgaben des EuGH und eines englischen Richters sehen. In beiden Fällen geht es nämlich um die Schaffung von Rechtssicherheit: in einem Fall wird die Rechtssicherheit dadurch geschaffen, daß der Richter (neues) Recht formt, das über den Fall hinaus maßgeblich ist; in dem anderen Fall wird die Auslegung von bestehenden Recht vereinheitlicht und dadurch Rechtssicherheit im Umgang mit dem Recht in den einzelnen Mitgliedstaaten geschaffen²⁰⁷.

Im Ergebnis kann es jedoch dahinstehen, ob man die Vergleichbarkeit der Ausgangssituation im Gemeinschaftsrecht und im englischen Recht für gegeben erachtet oder nicht. Die Parallele zur *stare-decisis-Doktrin* greift für die Begründung einer strikten *erga-omnes*-Wirkung von Urteilen des EuGH auch aus einem anderen Grund zu kurz. Das wird sofort deutlich, wenn man sich die Entwicklung dieser Doktrin im

²⁰³ J. de Richemont, Integration of Community Law within the Legal Systems of the Member States, 1979, 128.

²⁰⁴ Tomuschat, a.a.O. (Fn. 2), 188 f.; Baron, a.a.O. (Fn. 190), 27; GA Lagrange, Schlußantrag in der Sache Costa, EuGHE 1963, 91.

²⁰⁵ 3 All E.R. 77 (1966) - Erklärung des House of Lords

²⁰⁶ Koopmans, in: O'Keefe/Schermers, Essays in European Law and Integration, 1982, 11 ff.; Brown/Jacobs, a.a.O. (Fn. 3), Chapter 14; vgl. auch Mackenzie Stuart/Warner, in: FS Kutscher, 1981, 273 ff.

²⁰⁷ Im einzelnen s. Koopmans, a.a.O. (vorigen Fn.), 17 ff.

englischen Recht vergegenwärtigt: Zunächst besagte die *stare-decisis-Doktrin* tatsächlich ganz streng, daß jedes englische Gericht an jede einzelne Entscheidung eines im Instanzenzug höheren Gerichts gebunden ist und daß zusätzlich der *Court of Appeal* und das *House of Lords* verpflichtet waren, ihre eigenen Vorentscheidungen als bindend zu behandeln²⁰⁸. Es wurde mit der Zeit aber genau das Defizit immer deutlicher, das auch nach hier vertretener Auffassung entscheidend gegen die strikte Bindungswirkung spricht, nämlich die 'Verkrustung' von Recht. Daher wurde die *stare-decisis-Doktrin* insoweit gelockert, daß zumindest die Berufungsgerichte von ihren Vorentscheidungen nun abrücken konnte. Eine modifizierte *stare-decisis-Doktrin* wurde angesehen als "*the golden mean between too much flexibility and too much rigidity which it must have if it is to possess a definite body of principles, and the flexibility which it must have if it is to adapt itself to the needs of a changing society.*"²⁰⁹. Das *House of Lords* schloß sich dieser Auffassung in einer Erklärung von 1966 an und erlaubte den Berufungsgerichten von ihren Vorentscheidungen abrücken zu können²¹⁰. Will man also die Parallele zur *stare-decisis-Doktrin* ziehen, so kann man diesen Ansatz gerade nicht mehr für eine strikte Bindungswirkung von Urteilen nach Art. 177 EGV nutzbar machen.

3. Vermittelnde Lösung

a) "Gelockerte erga-omnes-Wirkung"

Die moderne Auffassung des englischen Rechts hinsichtlich der Bindungswirkung von Urteilen findet ihre Entsprechung in der Diskussion um die Bindungswirkung von Urteilen nach Art. 177 EGV in einer vermittelnden Auffassung, die im Ergebnis von einer gelockerten *erga-omnes-Wirkung* der Urteile ausgeht. Sie versucht den Aspekt der Flexibilität und der Notwendigkeit einer stetigen Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts mit dem Bemühen, eine möglichst effektive Sicherung der Einheitlichkeit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten und der Rechtssicherheit zu kombinieren, indem die Vorlageentscheidung zwar grundsätzlich als bindend für die nationalen Gerichte angesehen werden, aber eine Abweichung davon insofern zulässig sein soll, als diese mit einem neuerlichen Überprüfungsbegehren an den EuGH verbunden ist²¹¹. Die deutschen Zivilrichter wären demnach an

²⁰⁸ Zu der alten Auffassung der *stare-decisis-Doktrin* s. *Allen*, *Law in the Making*, 7. Aufl., 1964, 187 ff., 380 ff.; *Bailey/Gunn*, *Smith & Bailey on The Modern English Legal System*, 3. Aufl., 1996, 413 f.; *Spencer*, *Jackson's Machinery of Justice*, 1989, 11 ff.; vgl. auch *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, II, 1976, 58 ff., insbes. 81 ff.; *U. Wolf*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1994, 9, 14 ff.

²⁰⁹ *Holdsworth*, *LQR* 59 (1934), 180 ff.

²¹⁰ Zur Änderung der Auffassung über die strenge Bindungswirkung von *precedents* vgl. *Bailey/Gunn*, a.a.O. (Fn. 208), 249 ff. S. auch *Fikentscher*, a.a.O. (Fn. 208), 84; *Zweigert/Kötz*, a.a.O. (Fn. 163) 253 ff.

²¹¹ Vgl. etwa *Rengeling/Middecke/Gellermann*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 401; *Grabitz/Hilf(-Wohlfahrt)*, a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 73; *Koenig/Sander*, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 499; *J. Schwarze*, a.a.O. (Fn. 10), 33. Zum Teil wird auch eine differenzierte Sichtweise eingenommen: so etwa *Pietrek*, a.a.O. (Fn. 49), 207 ff., der nach Entscheidungen der "Nicht-Ungültigkeit", Entscheidungen bei Ungültigkeit und

die auslegenden Entscheidungen des EuGH gebunden, so daß sie grundsätzlich nicht von dem dort ausgedrückten Verständnis des EG-Rechts abweichen können. Wenn sie aber - ausnahmsweise - doch meinen, daß die Rechtsansicht des EuGH nicht (mehr) richtig sei, ist es ihnen gestattet, dem EuGH erneut die entsprechende Frage und ihre neuen Argumente vorzulegen, damit er seine eigene Auffassung überprüfen und ggf. ändern kann²¹². Damit geht es nicht mehr um die Wahrung des Rechtsfriedens durch eine *ne-bis in idem* - Funktion, sondern hauptsächlich um die Gewährleistung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch ein objektives, d.h. ohne Parteien durchzuführendes Verfahren²¹³.

Dieser (herrschenden) Auffassung ist prinzipiell zu folgen, weil sie einen sinnvollen Kompromiß zweier Ebenen ermöglicht, nämlich zwischen den an sich entgegengesetzten Bedürfnissen der Praxis nach rechtlicher Planungssicherheit und Flexibilität des Rechts auf der einen Ebene und zwischen dem Anspruch des Gemeinschaftsrechts auf gemeinschaftsweite Geltung und der Freiheit der Richter in den jeweiligen Mitgliedstaaten auf der anderen Ebene.

Die Auffassung einer solchen "gelockerten *erga-omnes-Wirkung*" kann sich zudem offensichtlich auch auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH stützen. Es ist in seiner Rechtsprechung die Tendenz erkennbar, daß er ein Abweichen von den von ihm gesetzten Präjudizien akzeptiert, soweit die nationalen Gerichte ihm die Fragen, die er bereits in anderen Fällen entschieden hat, erneut vorlegt²¹⁴. So hat der EuGH etwa in der Rechtssache *Da Costa* und andere schon früh deutlich gemacht, daß zumindest die letztinstanzlichen nationalen Gerichte frühere Entscheidungen des EuGH ihrer Urteilsfindung zugrundlegen müssen. In diesem Urteil verwies der EuGH das vorlegende Gericht auf die Auslegung, die er zwei Monate zuvor in dem Urteil *Van Gend und Loos* gegeben hatte. Ein und dieselbe Frage war dem Gerichtshof in drei aufeinanderfolgenden Vorabentscheidungsersuchen desselben staatlichen Gerichts vorgelegt worden, wobei der den Ausgangsverfahren zugrundeliegende Sachverhalt weitgehend der gleiche war²¹⁵. Gleichwohl akzeptiert und entscheidet der EuGH auch erneute Vorlagen zur selben Frage, wenn diese Vorlagefrage mit neuen Argumenten versehen sind oder es jedenfalls deutlich wird, daß dem neuerlich vorlegenden Gericht die vorhergehende Rechtsprechung nicht ganz klar erscheint. Ein gutes

Auslegungsentscheidungen differenziert; Dausies, a.a.O. (Fn. 2), 156 ff.: Differenzierung zwischen Entscheidung betreffend die Gültigkeit und die Auslegung.

²¹² S. etwa *Trabucchi*, RTDE 1974, 56 ff.; *Baron*, a.a.O. (Fn. 190), 29; *Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 3), 191; *de Richemont*, a.a.O. (Fn. 203), 128; *Schumann*, ZZP 78 (1965), 108, 114; *J. Schwarze*, a.a.O. (Fn. 10), 33; v.d.Groeben(-*Krück*), a.a.O. (Fn. 6) Art. 177, Rn. 86; HandKomm(-*Hailbronner*), a.a.O. (Fn. 31), Art. 177, Rn. 10; *Grabitz/Hilf(-Wohlfahrt)*, a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 71 ff.; Dausies (-*Dausies*), a.a.O. (Fn. 2), 137 ff.; *Tsikrikas*, a.a.O. (Fn. 3), 146 f.; EuGHE 1987, 2545, 2568 (*Pretore die Salò*); EuGHE 1986, 947 (*Wünsche*).

²¹³ S. *Tsikrikas*, a.a.O. (Fn. 3), 146; *Trabucchi*, RTDE 1974, 56, 83.

²¹⁴ Vgl. auch *Dausies*, a.a.O. (Fn. 2), 155; *Ress*, a.a.O. (Fn. 5), 340 ff.

²¹⁵ EuGHE 1963, 63 (*Da Costa*); dazu vgl. etwa *Valenti/Pellegrini*, RDTE 1963, 252; *Hay*, American Journal of Comparative Law 1963, 404; *Durante*, Riv. de Diritto Internazionale 1963, 415.

Beispiel sind insoweit die Fälle *Leclerc (Au blé vert)*²¹⁶ und *Leclerc/Syndicat des Librairies de Loire Océan*²¹⁷.

b) Selbstbindung des EuGH

Bei genauerem Hinsehen verlagert man mit der Auffassung einer "gelockerten *erga omnes*-Wirkung" das Problem der Bindungswirkung von Urteilen des EuGH auf die Frage der Selbstbindung des EuGH²¹⁸. Denn nur wenn dieser überhaupt bereit ist, seine eigene Auffassung aufzugeben, dann hätte eine erneute Vorlage einen Sinn.

Im Hinblick auf die Rechtswirkungen des Vorabentscheidungsurteils hat der EuGH für sich schon seit jeher das Recht - mehr oder weniger offen - das Recht in Anspruch genommen, ggf. von seiner früheren Rechtsprechung abzuweichen²¹⁹. Damit kommt er sowohl dem Erfordernis des dynamischen Charakters des Gemeinschaftsrechts nach, mit dem eine unverrückbare Selbstbindung des EuGH unvereinbar wäre, als auch der Kooperationsfunktion des Verfahrens, die es gebietet, dem nationalen Richter jederzeit die Möglichkeit zu geben, dem Gemeinschaftsgericht etwaige neue Elemente tatsächlicher oder rechtlicher Art vorzutragen²²⁰. Gleichzeitig hat der EuGH auch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu berücksichtigen und sich deshalb grundsätzlich an seiner Rechtsprechung zu orientieren²²¹. Damit kann dann den mitgliedstaatlichen Gerichten ermöglicht werden, ihre eigene Rechtsprechung an der des EuGH auszurichten²²².

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß - jedenfalls aus der Perspektive des deutschen Zivilprozeßrechts - einige praktische Schwierigkeiten vermieden werden könnten, wenn der EuGH seine Urteile transparenter machen würde. Damit ist vornehmlich gemeint, daß der EuGH seine Urteile so abfaßt, daß die Gründe, auf denen die Erkenntnisse der Richter beruhen, deutlicher als bisher hervortreten. Aufgrund der dem französischen Stil von Urteilen angenäherten Urteilsform des EuGH wird nicht im-

²¹⁶ EuGHE 1985, I (*Au blé vert*).

²¹⁷ EuGHE 1985, 2515, 2520 (*Leclerc ./ Syndicat des Librairies des Loire-Océan*).

²¹⁸ Zu der Frage der Selbstbindung s. *Ukrow*, a.a.O. (Fn. 168), 189 ff.

²¹⁹ Hervorzuheben sind insoweit zwei Fragenkomplexe: 1) das Klagerecht des Europäischen Parlaments: EuGHE 1988, 5615 (*Parlament/Rat*), dagegen jetzt EuGHE 1990, I - 2041 (*Parlament/Rat*); 2) der gemeinsame Ursprung von Warenzeichen: EuGHE 1974, 731 (*Hag I*), dagegen nunmehr EuGHE 1990, I - 3711 (*Hag II*). Hinsichtlich einer dritten Frage, nämlich nach der Vereinbarkeit nationaler Bestimmungen, die die Verkaufsmodalitäten betreffen mit Art. 30 EGV herrscht großer Streit ob der EuGH seine ursprüngliche Rechtsprechung modifiziert oder aufgehoben hat: EuGH v. 18. 5. 1993, Rs. C 126/91 - *Yves Rocher*, GRUR Int. 1993, 769 und nunmehr EuGHE 1993, I - 6097 (*Keck*); vgl. allgemein, die gesamte Diskussion zusammenfassend *Keßler*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht - eine Folgenanalyse des Urteils *Keck*, Diss. Berlin (Humboldt-Universität) 1997.

²²⁰ *Streil* in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, 4. Aufl. (1993), 260; *Dauses*, a.a.O. (Fn. 2), 155.

²²¹ Vgl. allgemein zu dem Verhältnis von Vertrauensschutz und Selbstbindung bei Gerichten *Ziegler*, a.a.O. (Fn. 80), 201 ff.

²²² Im Ergebnis ebenso *Ukrow*, a.a.O. (Fn. 168), 189 ff. mit eingehender Begründung und umfangreichen Nachweisen.

mer ganz deutlich, woraus der EuGH seine Ansichten herleitet²²³. Verweise finden grundsätzlich nur auf die eigene Rechtsprechung statt, und nur in den Anträgen des Generalanwalts können sich (vereinzelt) einmal Auseinandersetzungen mit der Literatur finden. Der Einfluß von Wissenschaft und Praxis, der zum Beispiel in Deutschland zu einem fruchtbaren Dialog zwischen Rechtsprechung und Literatur geführt hat und für Transparenz der Entscheidungen sorgt, ist darüber hinaus im Gemeinschaftsrecht nur sehr cursorisch vorgesehen: nach Art. 20 II der Satzung des EuGH haben die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten die Möglichkeiten zur Stellungnahme. Zwar besteht auch die Möglichkeit der Stellungnahme der Parteien, diese werden aber oft von Stellungnahmen der Organe und der Mitgliedstaaten überspielt²²⁴. Von einer größeren Transparenz der Urteile können indes verschiedene positive Effekte erwartet werden²²⁵. Zum einen würde mehr Rechtssicherheit geschaffen werden, wenn deutlicher würde, in welcher Frage der EuGH von seiner früheren Rechtsprechung abweichen will. Negativbeispiele, wie etwa das *Keck*-Urteil²²⁶, nach dessen Veröffentlichung eine kaum noch überschaubare Flut an Literatur verfaßt worden, allein um die Frage zu klären, ob und wenn ja dieses Urteil als ein Abweichen von der vorherigen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV darstellt, könnten vermieden werden²²⁷. Zum anderen wird es dem nationalen Richter leichter gemacht, die jeweilige Rechtsprechung des EuGH nachzuvollziehen und auf entsprechend gelagerte Fälle eigenständig anzuwenden. Hinweise des EuGH auf seine Position zur Diskussion über eine bestimmte Fragestellung fördern also den "justiziellen Dialog" zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten und könnten dazu beitragen, daß die Akzeptanz der Urteile aufgrund der besseren Nachvollziehbarkeit vergrößert werden. Damit würde letztlich auch eine breitere eigenständige Anwendung des EG-Rechts durch nationale Gerichte gefördert, die durch die Transparenz in die Lage versetzt werden, den Sinn und Zweck der vom EuGH verfolgten Rechtsprechung zu durchschauen und diesen *Telos* auch in ihre eigene Rechtsprechung einzuflechten. Ohne an dieser Stelle die reizvolle Frage nach den Vor- und Nachteile der jeweiligen Urteilsstile, etwa in Frankreich, Großbritannien oder in Deutschland nachgehen zu können²²⁸, scheint es im Hinblick auf die wünschenswerte Vergrößerung der Transparenz und die damit einhergehenden Vorteile für die Beachtung der Urteile des EuGH über die speziellen Fall hinaus wünschenswert, wenn sich die Urteile des EuGH im Stil mittelfristig dem Stil der Urteile des BGH anpassen würden.

²²³ Allgemein zur Meinungsbildung des EuGH s. *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 208 ff.

²²⁴ *Trabucchi*, *RTDE* 1974, 56, 80.

²²⁵ Vgl. zu den Forderungen nach Änderungen der Form der Rechtsprechung des EuGH allgemeiner *Jacobs*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Fortentwicklung a.a.O.* (Fn. 46), 191 ff. Zur Ausgestaltung der Urteile des EuGH und zu Änderungsvorschlägen s. *Everling*, in: *FS Due*, 1994, 56 ff.; *Kakouris*, a.a.O. (Fn. 165), in: *FS Everling*, I, 1995, 629, 639.

²²⁶ *EuGHE* 1993, I - 6097 (*Keck*).

²²⁷ Zur Position des Verfassers s. *Ehricke*, *WuW* 1994, 108 ff.

²²⁸ Vgl. dazu *Kötz*, *RabelsZ* 37 (1973), 245 ff.; *Markesinis*, *Law Quarterly Rev.* 110 (1994), 607 ff.

4. Ergebnis

Als Ergebnis kann mithin festgestellt werden, daß sich aus dem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich eine Bindung der nationalen Gerichte an die Präjudizien, die der EuGH in Urteilen nach Art. 177 EGV gesetzt hat, ergibt²²⁹. Im Hinblick auf den der Vorlagefrage zugrunde liegenden Ausgangsfall folgt dies bereits aus dem Sinn und Zweck des Art. 177 EGV. Über den Ausgangsfall hinaus ist die Bindungswirkung jedoch nicht streng. Im Sinne des "judiziellen Dialogs" kann das nationale Gericht von Auffassungen des EuGH abweichen, wenn es der Auffassung ist, daß die Rechtsansicht des EuGH nicht (mehr) richtig ist. Die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit in der Union erfordern jedoch, daß die Gerichte der Mitgliedstaaten - zumindest soweit sie nach Art. 177 III EGV vorlageverpflichtet sind - nicht autonom von einer früheren Entscheidung des EuGH abweichen, sondern erneut vorlegen, wenn sie ihrer Entscheidung eine neue Rechtsauffassung zugrunde legen wollen²³⁰. Vorteilhaft für den angesprochenen "judiziellen Dialog" und für die Akzeptanz von Entscheidungen des EuGH wäre allerdings eine größere Transparenz in den Urteilen²³¹.

D. Dilemmasituation

I. Einleitung

Faßt man die Ergebnisse der Untersuchungen zur bindenden Wirkung von Gerichtsentscheidungen im deutschen Zivilprozeß und hinsichtlich des Vorabentscheidungsverfahrens zusammen, läßt sich feststellen, daß bezüglich der Bindungswirkung von Urteilen des EuGH nach Art. 177 EGV im Ausgangsverfahren keine Probleme bestehen: sowohl nach deutschem Rechtsverständnis als auch nach Gemeinschaftsrecht ergibt sich aufgrund der Rechtskraft eine Bindung des deutschen Zivilrichters an das betreffende Urteil des EuGH.

Hinsichtlich der Bindungswirkung *erga omnes* ergibt sich hingegen ein differenziertes Bild. Während sich aus dem deutschen Recht eine Bindung des Richters an Urteile des EuGH nicht ableiten läßt, ergibt sich dagegen aus dem EG-Recht das Erfordernis einer "gelockerten *erga-omnes-Wirkung*" der Urteile für die nationalen Zivilrichter. Damit entsteht ein Konflikt zwischen der grundsätzlichen Bindungsfreiheit

²²⁹ Vgl. auch Everling, FS Börner, 1992, 62, 66; Streil, a.a.O. (Fn. 220), 259; Dausen, a.a.O. (Fn. 2), 155 f.

²³⁰ L. Constantinesco, a.a.O. (Fn. 49), 835; Dausen, a.a.O. (Fn. 2), 155.

²³¹ Für eine Effektivierung des judiziellen Dialogs auch Zuleeg, JZ 1994, 1, 8; Dausen, a.a.O. (Fn. 5) FS Everling, 240 f.

des deutschen Zivilrichters nach deutschem Recht und der bindenden Wirkung von Urteilen des EuGH aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive. Dieser Konflikt könnte einfach damit gelöst werden, indem man annimmt, daß das Recht der EG als eine eigenständige Rechtsordnung, die der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten vorgeht, erfordere, daß verfahrensrechtlich sichergestellt werden müsse, daß dieses übergeordnete supranationale Recht einheitlich ausgelegt und fortgebildet wird. Insofern müsse dann die Kompetenz der nationalen Gerichte zugunsten des überstaatlichen EuGH einfach derogiert werden²³². So verlockend eingängig dieser Schluß auch erscheinen mag, tatsächlich ist er nicht ohne weiteres zu ziehen. Es muß vielmehr differenziert werden. Das Gemeinschaftsrecht überlagert bzw. verdrängt das nationale Recht dort, wo es unmittelbar anwendbar ist²³³. Davon zu unterscheiden und hier von Interesse ist das Verhältnis von nationaler Gerichtsbarkeit zum EuGH. Dieses ist aber gerade nicht von der Verdrängung ersterer durch die EG-Gerichtsbarkeit gekennzeichnet, sondern es liegt eine Verschränkung beider Systeme vor (Stichwort: Arbeitsteilung)²³⁴. Es stellt sich daher richtigerweise die Frage, ob allein die im europäischen Recht wurzelnde Bindungswirkung hinsichtlich der Urteil des EuGH aus Art. 177 EGV den deutschen Richter trifft, der sich immerhin auf Art. 97 GG berufen kann. Anders formuliert: Kann die grundgesetzlich festgelegte prinzipielle Freiheit des Richters bei seinen Entscheidungen durch Gemeinschaftsrecht überlagert bzw. eingeschränkt werden.

II. Exkurs: Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Gerichtshofes bzw. der Kommission für Menschenrechte

Zur Lösung des hier dargelegten Dilemmas könnte es nützlich sein, wenn man den Blick für einen Moment darauf richtet, ob und wenn ja wie die Wirkung der Entscheidungen der Kommission bzw. des Gerichtshofes für Menschenrechte (= EGMR) hinsichtlich der Mitgliedstaaten ausgestaltet ist²³⁵. In Art. 53 EMRK ist festgeschrieben, daß die Mitgliedstaaten die Verpflichtungen übernehmen, sich in allen Fällen, an denen sie beteiligt sind, nach den Entscheidungen des Gerichtshofes zu richten²³⁶. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß sich aus dem Sinn und Zweck der Verfahren bei der Kommission für Menschenrechte bzw. vor dem Ge-

²³² So *Hergenröder*, a.a.O. (Fn. 90), 51.

²³³ EuGHE 1969, 1, 14 (*Walt Wilhelm*); *Dausen*, a.a.O. (Fn. 2), 171 ff. m.w.N.

²³⁴ S. oben A. II. 1 b.

²³⁵ Vgl. zu der Frage der Wirkung von EMRK-Urteilen in den Konventionsstaaten *Stöcker*, NJW 1982, 1905; *Ress*, in: I. Maier (Hrsg.), *Europäischer Menschenrechtsschutz*, 1982, 227, 227 ff.; *Bartsch*, in: *Les effets des décisions de la Cour de Justice de Communautés Européenne dans les Etats membres*, 1983, 217 ff.; *Polakiewicz*, 1993, 31 ff.; *Bleckmann*, EuGRZ 1995, 387 ff.; *Ress*, EuGRZ 1996, 350 ff.

²³⁶ Zu Einzelheiten s. *Frowein/Peukert*, EMRK - Kommentar, 2. Aufl., 1996, Art. 53, Rn. 6 ff.

richtshof in Straßburg ergibt, daß zumindest im Verhältnis der am Ausgangsverfahren Beteiligten die Entscheidungen verbindlich sind²³⁷. Insoweit entspricht dies dem hier für das Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH erreichte Ergebnis.

Darüber hinaus gestaltet sich die Vergleichbarkeit zwischen der Bindungswirkung von Urteilen nach Art. 177 EGV und den Entscheidungen der Straßburger Organe als schwierig, denn vor der Kommission und dem EGMR werden nur Verletzungen der Konvention gerügt²³⁸. Dem entsprächen die Verfahren nach Art. 169 EGV bzw. nach Art. 170 EGV. Ein Vorlageverfahren zur Auslegung der EMRK, das dem nach Art. 177 EGV entsprechen würde, gibt es jedoch nicht. Gleichwohl stellt sich freilich auch bei Entscheidungen der Straßburger Organe die Frage nach der bindenden Wirkung der Erkenntnisse des EGMR bzw. der Kommission hinsichtlich der Auslegung der EMRK über den einzelnen Fall hinaus. Dabei konzentriert sich die Diskussion jedoch - mit Recht - auf die Frage, ob die Konventionsstaaten mittelbar aus einem Urteil verpflichtet sein können, das nicht an sie adressiert ist, ihre eigenen Legislativ- oder Exekutivakte hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem betreffenden Urteil zu überprüfen. Insoweit geht die nahezu einhellige Meinung dahin, daß die Urteile für die Staaten, die von den Rechtsfolgen des Art. 53 EMRK nicht gebunden werden, nur die Bedeutung einer Orientierungshilfe haben²³⁹, sie also keine *erga-omnes-Wirkung* entfalten. Freilich entsteht auch hier eine faktische Bindungswirkung, weil sich die Konventionsstaaten allein um sich vor der künftigen Feststellung, auch sie würden Konventionsverletzungen begehen, bemühen werden, sich nach den Urteilen zu richten, die gegen andere Staaten erlassen worden sind. Diese Pflicht zur Beachtung folgt aus der allgemeinen durch den EGMR konkretisierten Konventionswirkung gegenüber den Konventionsstaaten²⁴⁰.

Hinsichtlich der Gerichte in den Konventionsstaaten gilt prinzipiell entsprechendes. Die Erwägungen der Kommission bzw. des Gerichtshofes in ihren Entscheidungen sind für sie zwar nicht bindend, haben aber als Autorität im Hinblick auf die Auslegung der EMRK die Funktion, Orientierungshilfen zu bieten. Diesen wird gerade wegen der Autorität der Straßburger Organe in den Fragen das Recht der EMRK betreffend dann regelmäßig gefolgt. Allerdings ist bezüglich der Gerichte in den Konventionsstaaten selbst die faktische Bindungswirkung im Sinne einer Leitlinie zum Verständnis der EMRK wesentlich schwächer ausgeprägt als im Hinblick auf die Konventionsstaaten selbst. Der Grund dafür liegt in der geringen Bedeutung, die

²³⁷ *Velu*, in: Actes du 6^{ème} Colloque Internationale sur la Convention européenne des Droits de l'homme, Seville 1985, 1988, 533, 589; *Polakiewicz*, ZaöRV 52 (1992), 149, 164; *Ress*, EuGRZ 1996, 350, 350 ff.; vgl. auch EGMR v. 29. 11. 1991 - *Vermeire* - EuGRZ 1992, 12, 13 (insbes. Nr. 25).

²³⁸ *Frowein/Peukert*, a.a.O. (Fn. 236), Art. 25, Rn. 3.

²³⁹ *Ress*, EuGRZ 1996, 350; *Stöcker*, NJW 1982, 1905.

²⁴⁰ *Ress*, EuGRZ 1996, 350; *ders.*, a.a.O. (Fn. 235), 234; *Polakiewicz*, ZaöRV 52 (1992), 165 ff. m.w.N.

die EMRK in Deutschland (noch) für (Zivil-)Verfahren hat²⁴¹. Da die EMRK nicht entsprechend dem Gemeinschaftsrecht unmittelbar anwendbare Vorschriften kennt und das Bewußtsein, daß die EMRK auch Auswirkungen auf die einzelnen Bereiche des nationalen (Zivil-)Rechts hat, noch immer gering ist²⁴², finden sich praktisch keine Urteile im deutschen Zivilrecht, in denen die Frage der Anwendung von EMRK oder sogar die Abweichung von der Rechtsprechung der Straßburger Organe eine relevante Rolle gespielt hätte.

Daher läßt sich für die Frage der Bindungswirkung von deutschen Zivilgerichten an die Urteile des EuGH nach Art. 177 EGV aus der bindenden Wirkung der Entscheidungen der Kommission und des Gerichtshofs für Menschenrechte letztlich doch keine weitergehende Erkenntnisse gewinnen.

III. Wege aus dem Dilemma

1. Gemeinschaftsrechtlicher Ansatz

Ein Ansatzpunkt für eine Einschränkung der Bindungsfreiheit des deutschen Zivilrichters könnte Art. 5 EGV sein. Die dort verlangte Treue- und Loyalitätsverpflichtung der Mitgliedstaaten kann im Grundsatz auch beinhalten, Maßnahmen zu ergreifen, die das nationale Recht bislang nicht oder nicht in dem Ausmaß erlaubt, wie dies gemeinschaftsrechtlich erforderlich wäre, bzw. daß der Mitgliedstaat Maßnahmen unterläßt, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen²⁴³. Art. 5 EGV bindet den Mitgliedstaat in Gestalt seiner gesamten Organe. Deshalb ist es unumstritten, daß auch Gerichtsurteile als staatliche Maßnahmen gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen können²⁴⁴. D.h. die Gerichte der Mitgliedstaaten dürfen sich wegen Art. 5 EGV nicht so verhalten, daß die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährdet werden könnte²⁴⁵. Die Frage, ob auch das nach deutschem Zivilprozeßrecht statthafte Abweichen eines deutschen Gerichts von der Rechtsprechung des EuGH ein Verstoß gegen die Mitwirkungs- und Loyalitätspflicht Deutschlands darstellt, ist aus dem

²⁴¹ S. Ehricke, Tel Aviv Studies in Law 12 (1994), 115 ff.; vgl. ferner Geimer, in: Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, hrsg. v. Kälin, 1994, 213 ff.; Matscher, in: FS Henckel, 1995, 593 ff.

²⁴² Vgl. dazu u.a. v. Bar, in: Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, hrsg. v. Kälin, 1994, 191 ff.; Matscher, in: FS Schwind, 1993, 71; s. auch BVerfGE 74, 358; BVerfGE 82, 106. Die Frage der Auswirkung der EMRK auf das deutsche Recht hat sich speziell an der Frage des Nichtehelichenrechts gestellt, vgl. dazu Jayme, NJW 1979, 2425; Sturm, FamRZ 1982, 1150.

²⁴³ S. Grabitz/Hilf(-v. Bogdandy), a.a.O. (Fn. 6), Art. 5, Rn. 32 ff. (speziell zu den Pflichten, die den mitgliedstaatlichen Gerichten auferliegen, Rn. 53 ff.); v.d.Groeben(-Zuleeg), a.a.O. (Fn. 6), Art. 5, Rn. 5 f.

²⁴⁴ S. EuGHE 1984, 1891, 1909 (Colson), GA Warner, in: EuGHE 1977, 1647, 1662 (Manzoni); aus der Literatur statt aller Grabitz/Hilf(-v. Bogdandy), a.a.O. (Fn. 6), Art. 5, Rn. 24; Heß, ZZP 108 (1995), 59, 69; Tsirikas, a.a.O. (Fn. 3), 148.

²⁴⁵ Vgl. v. d. Groeben(-Krück), a.a.O. (Fn. 6), Art. 169, Rn. 62 m. w. N.

Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts zu bejahen²⁴⁶. Denn das wichtigste Mittel zur Rechtsvereinheitlichung wäre letztlich insuffizient, wenn es keine Sanktionsmöglichkeiten gäbe, die Rechtsvereinheitlichung auch durchzusetzen. Eine solche Sanktion ist aber mit der Feststellung verbunden, es liege eine Vertragsverletzung eines Mitgliedstaates vor, denn damit greift der Mechanismus der Vertragsverletzungsverfahren gegen den betreffenden Mitgliedstaat, dem das abweichende (und nicht vorliegende) Gericht angehört, ein.

Gleichwohl ist die Antwort auf die soeben gestellte Frage doch nicht so einfach zu geben. Den Verstoß gegen Art. 5 EGV macht - genau besehen - nämlich nicht das Abweichen eines nationalen Richters von einer bestimmten Entscheidung des EuGH aus, in welcher dieser die nunmehr virulente Frage bereits entschieden hat. Betrachtet man die Urteile im Verfahren nach Art. 177 EGV, so fällt vielmehr auf, daß sie - unter Berücksichtigung der notwendigen Verallgemeinerungen - von der Struktur her Einzelfallentscheidungen sind, denen deshalb prinzipiell keine Bindungswirkung über den speziellen Ausgangsfall hinaus im Sinne eines Präzedenzfalles zukommen kann. Allerdings entfaltet auch nicht das betreffende Urteil unter Berücksichtigung der dort gemachten Ausführungen Bindungswirkung für ein anderes Gericht als dem, an dem das Ausgangsverfahren anhängig ist, sondern der mit dem Urteil erreichte *acquis communautaire* findet über den Weg der allgemeinen Regeln Einfluß in das nationale Recht. Demnach wäre es nach Art. 5 EGV nicht treuwidrig, von einem bestimmten Urteil des EuGH ohne erneute Vorlage abzuweichen, sondern der Verstoß besteht darin, die gemeinschaftsweite einheitliche Auslegung und das Verständnis von EG-Recht durch die Mißachtung der Entscheidungen vom EuGH als *acquis communautaire* des rechtlichen Wissensstandes zu unterlaufen²⁴⁷. Dieser Unterschied ist auf den ersten Blick zwar fein, aber er ist entscheidend. Denn nur mit dieser Lesart ist das jüngst ergangene Urteil der zweiten Kammer des Gerichtshofs erster Instanz vom 12. 12. 1996 sinnvoll mit der (nach hiesiger Auffassung unbestreitbaren) Notwendigkeit einer grundsätzlichen Bindung der nationalen Gerichte an die Rechtsprechung des EuGH zu vereinbaren. Die Richter haben in diesem Urteil entschieden:

"Vorab ist die Auffassung der Beklagten [das war im vorliegenden Fall die Kommission] zurückzuweisen, da die Klagen sehr ähnlich seien, müsse das Urteil Ainsworth vom Gericht in der vorliegenden Rechtssache als bindender Präzedenzfall betrachtet werden. Das Gericht ist an eine Entscheidung des

²⁴⁶ Im Ergebnis wohl auch v.d.Groeben(-Krück), a.a.O. (Fn. 6), Art. 177, Rn. 76; Heß, ZZP (1995), 59, 69, Fn. 65

²⁴⁷ Vgl. G. Meier, EuZW 1991, 11, 11 f.; im Ergebnis ebenso, Heß, ZZP 108 (1995), 59, 69, Fn. 65; Koenig/Sander, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 499; Bleckmann, a.a.O. (Fn. 196), § 5.5.; Brückner, a.a.O. (Fn. 165), 267 f.; Basedow, a.a.O. (Fn. 5), 656 f.; Everling, a.a.O. (Fn. 14), 70.

*Gerichtshofes nur nach Maßgabe des Art. 55 EAG-Satzung des Gerichtshofes (Art. 54 der EG-Satzung des Gerichtshofes) soweit im Rahmen der Rechtskraft gebunden"*²⁴⁸.

Würde man die Bindung eines nationalen Richters an ein bestimmtes früheres Urteil als dessen Verpflichtung ansehen, die mit Art. 5 EGV sanktioniert wäre, so stünde eine solche Auffassung nunmehr in offenem Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. Anders hingegen, wenn man nicht auf den speziellen Fall als solchen abstellt, sondern die dort geäußerten Erkenntnisse als Teil des gemeinschaftsrechtlichen *acquis communautaire* deutet. Die Abweichung davon durch ein nationales Gericht wird durch das Urteil *Altmann* nicht betroffen.

Die Erkenntnis, daß eine Mißachtung der Rechtsprechung durch ein deutsches Zivilgericht ohne gleichzeitige Vorlage ein Verstoß gegen Art. 5 EGV darstellt, ist jedoch nur ein Pyrrhussieg. Das zeigt die Praxis. Soweit ersichtlich ist bislang nur in einem Fall von der Kommission erwogen worden, mittels eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland vorzugehen. In dem *Pingo-Hähnchen*-Fall hatte die Kommission 1990 gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vorverfahren nach Art. 169 EGV eingeleitet, weil der BGH die Revision gegen ein Urteil des OLG Köln nicht zugelassen und dabei eine Frage des Gemeinschaftsrechts nicht vorgelegt hatte²⁴⁹. Dieses Bestreben ist von der Kommission dann jedoch nicht weiter verfolgt worden, so daß es nicht zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens gekommen ist²⁵⁰. Der Grund dafür liegt zum einen darin, daß die Kommission offensichtlich nur gewillt ist, im Hinblick auf derartige Verstöße dann ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, wenn die obersten nationalen Gerichte die Inanspruchnahme des Verfahrens nach Art. 177 EGV grundsätzlich und systematisch ablehnen²⁵¹. Zum anderen hätte das Vertragsverletzungsverfahren im Ergebnis freilich auch keinen Erfolg haben können. Denn unterstellt, die Bundesrepublik Deutschland wäre wegen des betreffenden Urteils verurteilt worden, so gäbe es aufgrund der Unabhängigkeit der Gerichte unüberwindliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Luxemburger Urteils²⁵². Zwar sind Adressaten einer Verpflichtung nach Art. 171 II EGV nicht nur die am Verfahren beteiligte Regierung des Mitgliedstaates, sondern auch alle Organe des Staates, die in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die

²⁴⁸ EuGH I, Urt. v. 12. 12. 1996, Rs. T-177/94, *Altmann ./. Kommission*.

²⁴⁹ OLG Köln, Zeitschrift für Lebensmittelrecht 1988, 667 mit Anmerkung von G. Meier; BGH v. 11. 5. 1989, I ZR 163/88 (unveröffentlicht); dazu s. G. Meier, EuZW 1991, 11; Schmeding/Schohe, a.a.O. (Fn. 34), 531 und 533 ff.; vgl. auch den Fall OLG München, EuZW 1990, 358, wo der BGH ebenfalls die Revision nicht annahm [BGH v. 15. 11. 1990, I ZR 44/90 (unveröffentlicht)].

²⁵⁰ Vgl. auch die Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage N. 608/78, ABl. 1978, Nr. C 28, S. 8.

²⁵¹ Vgl. Ehlermann, in: FS Kutscher, 1981, 135, 153.

²⁵² Everling, a.a.O. (Fn. 4), 80.

Durchführung des Urteiles des EuGH zu gewährleisten haben²⁵³, doch kann ein Urteil nach Art. 171 II EGV nicht bewirken, daß die Rechtskraft eines letztinstanzlichen Urteils durchbrochen werden kann²⁵⁴. Weder das Gemeinschaftsrecht noch das deutsche Recht kennt einen entsprechenden Restitutionsgrund²⁵⁵ bzw. eine wie immer geartete "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" nach der Feststellung einer Vertragsverletzung der Bundesrepublik Deutschland durch die Nichtvorlage eines letztinstanzlichen Gerichts. Denkbar wäre *de lege ferenda* die Einführung besonderer Rechtsbehelfe, wie z.B. Folgenbeseitigungs- oder Schadensersatzansprüche, mit denen ein Mitgliedstaat für das Verhalten seiner Gerichte haftbar gemacht werden könnte²⁵⁶. Jedoch dürfte auch dieser Ansatz keinen Erfolg bringen. Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß die Durchsetzung dieses Anspruchs der bereits die Anwendung von Gemeinschaftsrecht abgelehnt hat oder denen er bei seinen Gerichten - insbesondere wegen verfahrensrechtlicher Bedenken - nicht einreichen konnte, schwierig ist²⁵⁷.

Damit scheidet die Durchsetzung der Bindungswirkung von Urteilen des EuGH aus Art. 177 EGV *qua* Gemeinschaftsrecht praktisch aus. Eine Lösung des Dilemmas zwischen der Bindung nach Gemeinschaftsrecht und der Bindungsfreiheit nach deutschem Recht bietet sich daher nur noch nach deutschem Recht, namentlich unter Zuhilfenahme des BVerfG an²⁵⁸.

2. Verfassungsrechtlicher Ansatz

a) Entzug des gesetzlichen Richters

Vergegenwärtigt man sich die Optionen, die möglich sind, vor dem Bundesverfassungsgericht gegen Entscheidungen eines deutschen Zivilgerichts anzugehen, in denen von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen worden ist, so kommt man schnell zu der ernüchternden Erkenntnis daß das deutsche Verfassungsrecht zwar prinzipiell Ansatzpunkte bietet, gegen die Nichtbeachtung von Gemeinschaftsrecht durch die Gerichte vorzugehen. Aus praktischer Sicht stellen sich diese Möglichkeiten aber eher als ein pädagogisches als ein prozeßrechtliches Instrument heraus²⁵⁹. Die meisten vom BVerfG in diesem Zusammenhang entschiedenen Fälle befassen

²⁵³ Dauses(-Borchardt), a.a.O. (Fn. 2), P I., Rn. 37.

²⁵⁴ S. v.d.Groeben(-Krück), a.a.O. (Fn. 6), Art. 169, Rn. 62; Grabitz/Hilf(-Karpenstein), a.a.O. (Fn. 6), Art. 169, Rn. 16 f.

²⁵⁵ S. oben A. II. 2 d.

²⁵⁶ Vgl. Kutscher, Integration 1983, 149, 157.

²⁵⁷ Everling, a.a.O. (Fn. 4), 80.

²⁵⁸ Vgl. auch Heß, ZfP 108 (1995), 59, 81 ff.; Clausnitzer, NJW 1989, 641 ff.; Kindler, NJW 1993, 3120; Steindorff, ZfP 156 (1992), 1, 7 ff.; speziell zu den Sanktionen des deutschen Verfassungsrechts s. BVerfG, NJW 1993, 3120; BVerfGE 82, 159, 195 f.; BVerfGE 75, 223, 231 ff.; BVerfGE 73, 339, 366 f.; Zimmermann, FS Doebling, 1989, 1033, 1045 ff.; Vedder, NJW 1987, 526, 530.

²⁵⁹ Gündisch, a.a.O. (Fn. 2), 105; vgl. auch K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), 738: "stumpfes Schwert"; vgl. auch M. Wolf, a.a.O. (Fn. 5), 984 f.

sich mit der Frage einer Nichtvorlage. Nur im Hintergrund hat es dabei eine Rolle gespielt, ob das entsprechende letztinstanzliche Gericht an die bestehende Rechtsprechung des EuGH gebunden ist. Anerkannt ist, daß der EuGH gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG ist²⁶⁰, so daß eine unterlassene Vorlage den verfassungswidrigen Entzug des gesetzlichen Richters bedeuten kann. Angenommen wird ein derartiger Verstoß jedoch nur bei einer willkürlichen Nichtvorlage²⁶¹. Seit BVerfGE 82, 159 kann davon ausgegangen werden, daß grundsätzlich in drei Fällen von einer solchen "willkürlichen" Nichtvorlage an den EuGH und damit von einem Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG gesprochen werden kann. Das ist zum einen dann der Fall, wenn das letztinstanzliche Gericht die europarechtliche Dimension des Sachverhalts verkannt und deshalb die Vorlagepflicht mißachtet hat; der zweite Fall betrifft die bewußte Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlagebereitschaft²⁶². Drittens soll auch dann ein Verstoß vorliegen, wenn die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der aufgeworfenen Rechtsfrage unvollständig ist und sich das deutsche Gericht einer eindeutig vorzuziehenden Meinung nicht angeschlossen hat und die Frage nicht dem EuGH vorgelegt hat²⁶³. Insoweit führte das BVerfG aus:

"Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortbildung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 I 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat. [...] Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche

²⁶⁰ Vgl. statt aller Sachs(-Degenhardt), a.a.O. (Fn. 96), Art. 101, Rn. 9; Meier, EuZW 1991, 11, 13 f.; Vedder, NJW 1987, 526 ff.; Koenig/Sander, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 62; Rabe, in FS Redeker, 1992, 201, 206 f.; Wölker, EuGRZ 1988, 97 ff.; BVerfGE 73, 339, 366 ff.; BVerfGE 75, 223; BVerfGE 82, 159, 192. Probleme mit der Figur des EuGH als gesetzlicher Richter könnte es allerdings im Hinblick auf einen Geschäftsverteilungsplan geben; vgl. dazu Mößlang, EuZW 1996, 69.

²⁶¹ M. Wolf, a.a.O. (Fn. 5), 984 f.; Rabe, a.a.O. (vorige Fn.), 207 ff.; Heß, ZZP 108 (1995), 82.

²⁶² Beispiele in BVerfGE 75, 223 (in Aufhebung von BFHE 143, 383); BVerfG, EuGRZ 1988, 120.

²⁶³ Dieses dritte Kriterium beinhaltet jedoch nicht, wie in der Literatur zum Teil angenommen wird (Sachs(-Degenhardt), a.a.O. (Fn. 96), Art. 101, Rn. 19), daß der Beitritt zu einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung gegenüber der vom EuGH vertretenen Position bereits zum Entzug des gesetzlichen Richters führt. Zum einen läßt sich, wie an dem folgenden Zitat aus dem BVerfG-Urteil, auf das sich auch Degenhardt bezieht, deutlich wird, nicht ableiten, daß auf die Frage von Mindermeinungen abgestellt werden soll. Zum anderen erscheint es auch als ganz besonders problematisch im Bereich des Gemeinschaftsrechts Mindermeinungen auszumachen. Unzweifelhaft gibt es solche, da jedoch in der Literatur aller Mitgliedstaaten die Probleme des Gemeinschaftsrechts diskutiert werden, müßte man auch diese gesamte Literatur sichten, um von einer Mindermeinung hinsichtlich der Beurteilung einer Frage zu sprechen.

Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind"²⁶⁴.

Bedeutung kann diese Rechtsprechung des BVerfG zur willkürlichen Nichtvorlage für die hier interessierende Fragestellung nur hinsichtlich des zweiten und des dritten Aspekts haben, denn wenn ein Gericht überhaupt nicht erkennt, daß es vorlegen muß, dann kann es schlechterdings auch nicht von einer Rechtsprechung des EuGH abweichen. Erheblich für die Bindungswirkung der deutschen Zivilrichter an Urteile des EuGH ist dagegen der zweite vom BVerfG betonte Aspekt. Er führt dazu, daß die hier formulierte "gelockerte *erga-omnes-Wirkung*" von EuGH-Urteilen nach Art. 177 EGV im deutschen Recht durch die Figur des gesetzlichen Richters verankert ist. Bei näherem Hinsehen muß diese Aussage jedoch sofort wieder relativiert werden. Betrachtet man nämlich den zweiten und dritten Grund näher, den das Verfassungsgericht anführt, um eine Verletzung des gesetzlichen Richters zu begründen, so ist schnell festzustellen, daß die Richter des letztinstanzlichen Gerichts praktisch im wesentlichen doch frei sind, von den Präjudizien des EuGH abzuweichen. Denn die Sanktion des Art. 101 I 2 GG bei einem bewußten Abweichen von einer Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlagebereitschaft ist nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG, wenn die Rechtsprechung des EuGH die entscheidungserhebliche Frage bereits erschöpfend beantwortet. Das eröffnet für die nationalen Richter einen erheblichen Spielraum und verschiebt die Frage nach den Tatbestandsmerkmalen eines Verstoßes gegen Art. 101 I 2 GG auf das Problem, wann eine "erschöpfende Beantwortung" der fallrelevanten Frage vorliegt. Dieses Problem ist - soweit ersichtlich - bislang noch nicht vollständig geklärt²⁶⁵. Man wird jedoch von folgendem ausgehen dürfen: Wenn die Rechtsprechung des EuGH eine dauernde Übung darstellt und sie in der europarechtlichen Literatur in den Mitgliedstaaten weitestgehende Anerkennung gefunden hat, dann kann von einer "erschöpfenden Beantwortung" einer Frage des Gemeinschaftsrechts ausgegangen werden. Freilich treten auch hier wieder die Schwierigkeiten auf zu entscheiden, wann in der gemeinschaftsweiten Diskussion von "weitgehender Anerkennung" gesprochen werden kann. Doch gibt es eindeutige Beispiele, die sich in etwa mit dem decken, was im deutschen Recht als Gewohnheitsrecht der Rechtsprechung bzw. zumindest als "einhellige Meinung"²⁶⁶ anerkannt wird. So ist ein eindeutiges Beispiel, daß es nach der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung des EuGH²⁶⁷ unbestrittenes "Allgemeingut" ist, daß Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unter-

²⁶⁴ BVerfGE 82, 159, 195 f. (Hervorhebung im Original).

²⁶⁵ Vgl. aber Sachs(-Degenhardt), a.a.O. (Fn. 96), Art. 101, Rn. 19 und die Ausführungen dazu in Fn. 263; vgl. auch Wölker, EuGRZ 1988, 97, 99; Rabe, a.a.O. (Fn. 260), 210.

²⁶⁶ Dazu allgemein Zimmermann, a.a.O. (Fn. 154).

²⁶⁷ EuGHE 1979, 649, 662 (*Cassis de Dijon*).

schieden nationaler Regelungen ergeben nur zulässig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden²⁶⁸. Hiervon darf ein letztinstanzliches deutsches Gericht nicht abweichen, ohne gleichzeitig dem EuGH vorzulegen²⁶⁹. Tut es das dennoch, entzieht es den gesetzlichen Richter. Wenn jedoch in der Literatur hinsichtlich bestimmter Fragen des Gemeinschaftsrechts Streit herrscht, die Rechtsprechung also nicht den notwendigen Rückhalt in der Literatur, d.h. in der theoretischen und praktischen Auseinandersetzung mit den jeweiligen Fragestellungen hat, dann wird man wohl davon ausgehen können, daß eine Frage noch nicht im Sinne des BVerfG "erschöpfend beantwortet ist" und es daher nicht willkürlich ist, wenn das letztinstanzliche Gericht, an dieser Diskussion teilnimmt, ohne aber (erneut) vorgelegt zu haben²⁷⁰. Bei der insoweit vorzunehmenden Abwägung, ob eine erschöpfende Beantwortung der Frage durch den EuGH vorliegt oder nicht, entsteht allerdings ein ganz erhebliches Spannungsverhältnis im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Art. 177 EGV. Dieses wird auch nicht dadurch abgemildert, daß zusätzlich zu der Frage, ob eine gemeinschaftsrechtliche Frage bereits als geklärt anzusehen ist, auch noch geprüft werden muß, ob eine andere als die aktuell vom nationalen Gericht vertretene Auffassung eindeutig vorzuziehen ist²⁷¹. Es kommt dann letztlich nur darauf an, daß das BVerfG entscheiden müßte, ob eine andere Meinung - also regelmäßig die des EuGH in seiner Rechtsprechung - eindeutig vorzuziehen gewesen wäre. Wann dies aber der Fall ist, dürfte sich in den meisten Fällen der Beurteilung entziehen. Zudem lehnt es das BVerfG auch prinzipiell ab, in die Rolle als oberstes Vorlage-Kontrollgericht zu schlüpfen²⁷². Im Hinblick auf die grundgesetzlich verankerte richterliche Freiheit²⁷³ wird das "Eindeutigkeits-Postulat" ohnehin nur in ganz gravierenden Ausnahmefällen eingreifen können²⁷⁴. Damit dürfte es für die Wahrung des Art. 101 I 2 GG grundsätzlich ausreichen, daß das Gericht mit einer plausiblen Begründung von der Rechtsprechung des EuGH abweicht und verdeutlicht, warum gleichwohl nicht vorgelegt werden müsse²⁷⁵. Ein Blick in die Praxis bestätigt diese These. Mit wenigen Ausnahmen²⁷⁶ verneint das BVerfG die Verletzung des Art. 101 I 2

²⁶⁸ Zur Bildung von Gewohnheitsrecht im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit (*Cassis de Dijon*), s. *Everling*, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 219 ff.; zu den Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH s. die neuere Darstellung von *Dänzer-Vanotti*, a.a.O. (Fn. 5), 208 ff.

²⁶⁹ Im Ergebnis wohl ebenso unter Betonung der strengen Bindung einer feststehenden, gleichsam Gewohnheitsrecht darstellenden Rechtsprechung, *Everling*, *RabelsZ* 1986, 194 f., 205; *J. Schwarze*, a.a.O. (Fn. 10), 33; *Toth*, *Legal Protection of the Individuals in the EEC*, II, 1978, 205.

²⁷⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang BGH VersR 1995, 924, 925; *Basedow*, a.a.O. (Fn. 5), 664; *Dausen*, *JZ* 1979, 125, 126.

²⁷¹ Dazu vgl. etwa *Steindorff*, *ZHR* 156 (1992), 1, 7; *Rabe*, a.a.O. (Fn. 260), 209.

²⁷² *S. Rabe*, a.a.O. (Fn. 260), 209.

²⁷³ *S. oben*. B II. 2.

²⁷⁴ Vgl. dazu auch *Rabe*, a.a.O. (Fn. 260), 211 f.

²⁷⁵ Im Ergebnis ebenso *Heß*, *ZZP* 108 (1995), 59, 83 f.; *M. Wolf*, a.a.O. (Fn. 5), 986 ff.; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), 737 f.

²⁷⁶ *S. nochmals* BVerfGE 75, 223; BVerfG, EuGRZ 1988, 120.

GG²⁷⁷. Im Urteil des BVerfG, NJW 1994, 2017 läßt er es sogar genügen, daß die Nichtannahme der Revision nach § 554 b ZPO ohne Begründung ergeht, wenn das Berufungsurteil die gemeinschaftsrechtliche Problematik angesprochen hat²⁷⁸.

b) Verletzung des rechtlichen Gehörs

Als Mittel des deutschen Verfassungsrechts, gegen ein Abweichen des letztinstanzlichen Gerichts von der Rechtsprechung des EuGH ohne Vorlage vorzugehen, könnte theoretisch auch ein Gang an das BVerfG wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) in Betracht kommen. Dann müßte eine Partei die Vorlage an den EuGH begehrt haben und das letztinstanzliche Gericht dem nicht gefolgt sein. Da die Gewährung rechtlichen Gehörs aber nur ein begründetes Eingehen auf den Parteivortrag verlangt²⁷⁹, liegt allerdings schon dort kein Verstoß vor, wo das betreffende Gericht, einer Vorlage deshalb nicht entspricht, weil es die Frage entweder nicht für streitentscheidend hält oder meint, aufgrund eigener Kenntnisse die Frage beurteilen zu können²⁸⁰. Die mangelnde Verpflichtung des deutschen Zivilrichters, sich nach der Rechtsprechung des EuGH zu richten, findet hier gerade ein treffendes Beispiel, denn das rechtliche Gehör kann dann nicht verletzt sein, wenn das deutsche Gericht, sich mit der betreffenden Frage des Gemeinschaftsrechts beschäftigt, sie abweichend vom EuGH beurteilt und dennoch nicht vorlegt. Eine damit begründete Ablehnung der Vorlage steht dem rechtlichen Gehör nicht entgegen, selbst wenn die Begründung unrichtig sein mag²⁸¹.

c) Ergebnis

Aus alledem folgt, daß letztlich auch im deutschen Recht keine wirkungsvolle Handhabe gegeben ist, die Zivilrichter dazu zu verpflichten, der Rechtsprechung des EuGH zu folgen, soweit es um Urteile geht, die nicht hinsichtlich der gerade zu beurteilenden Ausgangsfrage vom EuGH gefällt wurden. Ausnahmen gibt es nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen. Da sich die Rechtsprechung jedoch eng an den Vorgaben des BVerfG orientiert und mit einer wohlgewählten Begründung auch von der Rechtsprechung des EuGH abweichen kann und nicht vorzulegen braucht²⁸², sind diese Ausnahmen vernachlässigbar gering.

²⁷⁷ S. etwa BVerfG NJW 1988, 1456; BVerfG RIW 1989, 230; BVerfG, RiW 1989, 823; BVerfG DB 1990, 414; BVerfGE 82, 159; BVerfG NJW 1992, 678; BVerfG, NJW 1993, 2600 [dazu im einzelnen Kindler, NJW 1993, 3120; Flume, ZIP 1992, 817 ff.; Altmeyden, ZIP 1992, 1668 f.]; BVerfG, NJW 1994, 2017.

²⁷⁸ Dazu s. oben II. 2. und nochmals K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), 737.

²⁷⁹ BVerfGE 86, 131, 144 ff.; M. Wolf, a.a.O. (Fn. 5), 271 ff.

²⁸⁰ Zur Kritik an dem mangelnden Rechtsschutz gegen letztinstanzliche Urteil s. Clausnitzer, NJW 1989, 641 ff.; Kindler, NJW 1993, 3120; Steindorff, ZHR 156 (1992), 1, 7 ff; vgl. dazu im weiteren auch Vedder, NJW 1987, 526, 530; Rodi, DÖV 1989, 750; Rabe, a.a. (Fn. 260) 202 ff., 207 ff.; Allkemper, EWS 1994, 257.

²⁸¹ Zutreffend M. Wolf, a.a.O. (Fn. 5), 985.

²⁸² S. dazu Heß, ZJP 108 (1995), 59, 83 f. mit Nachweisen aus der Praxis.

3. Lösungsmöglichkeiten und Lösungsvorschlag

Die Lösung dieses Problems ist in verschiedener Hinsicht denkbar²⁸³. Zum einen kann man auf die Einsicht der nationalen Zivilrichter setzen, die entweder aus der oben bereits erwähnten moralischen Verpflichtung oder wegen einzelner Gründe, die bereits als Anreiz für eine faktische Bindungswirkung im deutschen Recht angeklungen sind (insbesondere Arbeits- bzw. Argumentationserleichterungen), sich an die Rechtsprechung des EuGH zu binden und so einer *erga-omnes-Wirkung* der Urteile nach Art. 177 EGV zur Durchsetzung zu verhelfen. Eine solche Lösung ist aber sehr stark von der Bereitschaft des einzelnen Richters, insbesondere der Obergerichte abhängig und kann schlimmstenfalls dazu führen, daß je nach Gerichtszweig oder Gerichtsbezirk in Deutschland die Beachtung von Urteilen des EuGH unterschiedlich ist. Wenn man diesbezüglich dann sogar die gesamte EU ins Auge faßt, entsteht damit die Gefahr, einer potentiell uneinheitlichen Geltung von Gemeinschaftsrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten.

Zum anderen könnte man, wie mittlerweile in der Tat in die Diskussion gebracht wird, im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz vorschlagen, daß zur Entlastung des EuGH beigetragen werden kann, indem die letztinstanzlichen nationalen Gerichte weitreichende eigene Befugnisse bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht erhalten²⁸⁴. Dann wäre die etwaige abweichende Anwendung von Gemeinschaftsrecht ein ähnlicher "rechtlicher Standortfaktor" wie die Unterschiedlichkeiten in den nationalen Rechtsordnungen. Dieser Vorschlag liefere jedoch den Bestrebungen einer Vereinheitlichung des Rechts in der EU als Ausdruck der Erkenntnis, daß Rechtsangleichung eine wichtige Bedingung für die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes darstellt, zuwider²⁸⁵. Sinnvoller erschiene es, wollte man den Gedanken der größeren Kompetenz nationaler Gerichte tatsächlich fortspinnen, die Etablierung von Kammern oder Senaten für Gemeinschaftsrechtsstreitigkeiten bei den zuständigen Gerichten, die nur bei "wesentlichen" Fragen²⁸⁶, entsprechend den Revisionsgründen nach § 546 I Nr. 1 ZPO den EuGH vorlegen müssen. Die Entscheidung, ob eine Frage von wesentlicher Bedeutung ist und hätte vorgelegt werden müssen, könnte dann vom Bundesverfassungsgericht durch eine erweiterte Auslegung des Entzugs des gesetzlichen Richters überprüft werden oder durch die Kommission vor den EuGH gebracht werden. Letztlich krankt aber auch diese Vorstellung daran, daß damit die gemein-

²⁸³ Vgl. im Hinblick auf die Notwendigkeit eines differenzierten Herangehens an die Lösung des Problems, wenngleich auch von anderen Prämissen ausgehend und mit anderen Kriterien Basse, a.a.O. (Fn. 49), 356 ff (§ 75 f.).

²⁸⁴ So Lord Howe of Aberavon, ELR 1996, 187, 197 f.; offenbar auch Bermann, Col.L. Rev. 1994, 331, 449: "Casting subsidiarity in procedural rather than substantive terms will best allow the Court of Justice to promote respect for the value of localism without enmeshing itself in profoundly political judgements that it is ill-equipped to make and ultimately not responsible for making."

²⁸⁵ Vgl. zu diesem Ergebnis in einem weiteren Rahmen neuestens Hummer/Obwexer, EuZW 1997, 295, 298 ff. und 301 ff.

²⁸⁶ So wohl im Ansatz Heß, ZZP 108 (1995), 59, 84 ff.

schaftsweite Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht nicht vollständig gewährleistet werden kann, weil dann nur noch gleichsam Rahmenfragen vom EuGH entschieden würden und gemeinschaftsweite Bedeutung erhielten. Das schafft aber insoweit Dissonanzen als das "Bild des Gemeinschaftsrechts", das innerhalb dieses vorgeschriebenen Rahmens entsteht, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden sein wird. Die Unterschiede in dem Verständnis von Gemeinschaftsrecht in den jeweiligen Mitgliedstaaten würden damit aufgrund der größeren Entscheidungsbefugnisse der jeweiligen nationalen Gerichte zu groß.

Geht man jedoch - wie hier - davon aus, daß eine "gelockerte *erga-omnes-Wirkung*" von Urteilen des EuGH in der EU sinnvoll und notwendig ist, so bedarf es vor dem Hintergrund der aufgezeigten Schwierigkeiten dringend der Forderung, *de lege ferenda* die derzeitige Rechtssituation zu ändern.

Die "sauberste" und hiermit empfohlene Lösung ist deshalb eine Initiative des Gesetzgebers, der hinsichtlich der Urteile des EuGH nach Art. 177 EGV eine Vorschrift verabschieden sollte, die - entsprechend zu § 31 BVerfGG - die nationalen Richter grundsätzlich an die Auffassung des EuGH bindet. Eine solche Regelung müßte aber die Ausnahmeregelung enthalten, daß dort keine Bindungswirkung besteht, wo erhebliche neue Bedenken bestehen und dem EuGH erneut vorgelegt wird. Eine solche gesetzliche Lösung ist der Sache nach in den Mitgliedstaaten auch gar nicht völlig fremd. In Großbritannien ist nämlich bekanntlich die Weitergeltung der *stare-decisis-Doktrin* unter dem EG-Recht und damit die Bindung der englischen Richter an die Urteile des EuGH ebenfalls spezialgesetzlich in sect. 3 (I) des *European Communities Act* 1972 positivrechtlich festgeschrieben, um so Konflikte mit dem Geltungsanspruch von EG-Recht und den Urteilen des EuGH weitgehend zu vermeiden. Der Umstand, eine derartige Regelung in das nationale Recht aufgenommen zu haben, könnte für Deutschland Vorbild sein.

E. Zusammenfassung

Faßt man abschließend die vorstehende Untersuchung zusammen, so ergibt sich hinsichtlich der Bindung des deutschen Zivilrichters an Urteile des EuGH nach Art. 177 EGV folgendes Bild: Das deutsche Zivilprozeßrecht kennt - mit einer erwähnenswerten Ausnahme - keine Bindungswirkung von Urteilen *erga omnes*. Bindungswirkung entfalten Urteile nur *inter partes*. Die Beachtung der Entscheidungen des EuGH nach Art. 177 EGV *inter partes* ergibt sich aus Art. 177 I EGV, und die Nichtbeachtung durch den deutschen Richter stellt einen Verstoß gegen das Postulat des gesetzlichen Richters dar. Die Bindungswirkung an die Rechtsprechung des EuGH über den Ausgangsfall hinaus im Sinne einer "gelockerten *erga-omnes-Wirkung*" ist hinsichtlich

des Zieles einer gemeinschaftsweiten einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts erforderlich. Doch stellt weder das EG-Recht, noch das deutsche (Verfassungs-)Recht adäquate Instrumente dar, mit denen deutsche Zivilrichter mittelbar oder unmittelbar gezwungen werden könnten, der Rechtsprechung des EuGH zu folgen. Daher sollte eine Gesetzesinitiative gestartet werden mit dem Ziel, eine Regelung zu schaffen, die - ähnlich dem § 31 BVerfGG - den (Zivil-)Richter grundsätzlich dazu verpflichtet, die Rechtsprechung des EuGH zu befolgen, es sei denn, der Richter hat bei der Befolgung der Rechtsprechung so große Bedenken, daß er dem EuGH erneut vorlegt. Auf Seiten des EuGH wäre es, um einen "justiziellen Dialog" zwischen EuGH und nationalen Gerichten auszubauen, im Gegenzug wünschenswert, wenn er seine Urteile und die Gründe, die ihn zu den jeweiligen Erkenntnissen geführt hat, transparenter gestalten würde, um eine Diskussion besser zu ermöglichen.